

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Quelques aspects de l'influence des technologies sur l'évolution du droit social

Rosier, Karen; GILSON, Steve

*Published in:*

Pas de droit sans technologie

*Publication date:*

2015

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Rosier, K & GILSON, S 2015, Quelques aspects de l'influence des technologies sur l'évolution du droit social. Dans *Pas de droit sans technologie*. Commission Université-Palais, VOL. 158, Larcier , Bruxelles.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# 4

## QUELQUES ASPECTS DE L'INFLUENCE DES TECHNOLOGIES SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT SOCIAL

Karen Rosier

avocate

chercheuse Senior au CRIDS

maître de conférences à l'UNamur

Steve Gilson

avocat

maître de conférences à l'U.C.L.

(Atelier de droit social – Crides)

chargé de cours à l'ICHEC

juge suppléant au tribunal du travail de Liège, division de Namur

### Sommaire

Introduction	126
Section 1	
L'incidence de la technologie sur les techniques contractuelles applicables en droit du travail	138
Section 2	
L'influence des technologies sur la surveillance du travailleur par l'employeur	150
Section 3	
Incidences en droit social du phénomène du grand dévoilement sur les réseaux sociaux	176
Section 4	
La licéité des preuves recueillies en violation du droit au respect de la vie privée	208
Conclusions	214

## Introduction<sup>1</sup>

1. Le développement des techniques et des technologies (qui sont toujours « nouvelles » à un moment donné) a eu un rôle essentiel dans la genèse et l'évolution du droit social.

Le monde professionnel n'a pas échappé ces vingt dernières années à l'influence des technologies de l'information et de la communication<sup>2</sup> qui, très rapidement, ont révolutionné l'ensemble des aspects du travail : informatisation<sup>3</sup>, mesurage du temps de travail, contrôle de l'accès, usage de messagerie électronique, organisation interne de l'entreprise (notamment, développement du travail à distance, ...)<sup>4</sup>.

Mais ce phénomène d'influence des technologies sur le travail est ancien : les mutations des techniques de production ont en effet entraîné des questions sociales nouvelles générant l'avènement de règles particulières en rupture avec les principes juridiques civilistes. La genèse de l'économie capitaliste, liée notamment aux mutations techniques, et le développement du salariat sont intimement liés. Or, le droit social est lié au développement du salariat. C'est par un bref examen de ces rapports

1. Cette introduction reprend pour partie, remaniées et actualisées, des considérations déjà émises dans :
  - S. GILSON, « Introduction, spécificité et enjeu de la protection des données à caractère personnel dans les relations de travail », in *Défis du droit à la protection de la vie privée, perspectives du droit européen et nord-américain* (M. V. PEREZ ASINARI et P. PALAZZI éd.), Bruxelles, Bruylant, 2008;
  - S. GILSON, « Préface. Quelques propos sur la notion de temps de travail et la durée du travail », in S. GILSON et L. DEAR, *La loi sur le travail. Quarante ans d'application de la loi du 16 mars 1971*, Limal, Anthemis, 2011 p. 9;
  - S. GILSON et K. ROSIER, « La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et à l'influence des réseaux sociaux. L'employeur est-il l'ami du travailleur sur Facebook? », in K. ROSIER, *Droit du travail à l'ère du numérique*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 391 et s. et particulièrement pp. 437 à 444;
  - S. GILSON, « Préliminaires. Discipline et surveillance au travail : des racines profondes », in *Discipline et surveillance dans la relation de travail* (S. GILSON dir.), Limal, Anthemis, 2012, pp. 9 à 31.
2. L'hypothèse d'un changement total de paradigme sociétal a été formulée. L'évolution de la société se fera ainsi en trois vagues, agricole, industrielle et informationnelle (A. TOFFLER, *Les nouveaux pouvoirs, savoir, richesse et violence à la veille du 21<sup>e</sup> siècle*, 1990, New York, Livre de Poche, 1991, Paris, pp. 328 à 343).
3. Sur la « révolution informatique » au travail, les plus malicieux se référeront à S. ADAMS, *Le principe de Dilbert*, 1996 : « À chaque fois que vous utilisez un ordinateur, le simple observateur a l'impression que vous "travaillez". Vous pouvez envoyer et recevoir du courrier électronique, télécharger des fichiers pornographiques sur Internet, faire vos comptes ou vous amuser sans rien faire qui soit directement lié à votre travail. Ce ne sont pas exactement les avantages sociaux que tout le monde espérait de la révolution informatique, mais ce n'est pas mal non plus ».
4. C. DE TERWAGNE, « Le monde professionnel dans la société de l'information », in K. ROSIER, *Le droit du travail à l'air du numérique*, op. cit., p. 7.

étroits entre droits social et nouvelles technologies que nous souhaiterions introduire notre contribution.

2. Le droit positif belge n'ignore pas ce lien entre technologie et droit social. L'influence des technologies sur le droit social est en effet abordée par la législation dans une convention collective de travail n° 39 du 13 décembre 1983 conclue au sein du Conseil national du travail concernant l'information et la concertation sur les conséquences sociales de l'introduction des nouvelles technologies<sup>5</sup>. On y vise l'hypothèse où l'employeur décide d'un investissement dans une nouvelle technologie qui pourrait avoir des conséquences collectives importantes en ce qui concerne l'emploi, l'organisation du travail ou les conditions de travail. Il y aura des conséquences collectives importantes lorsque 50 % desdits travailleurs au moins d'une catégorie déterminée sont concernés. Il s'agit là de la reconnaissance que la technologie peut avoir une conséquence sociale avec une certaine méfiance<sup>6</sup> puisque l'information écrite que l'employeur devra fournir devra porter sur les facteurs économiques, financiers ou techniques justifiant l'introduction de cette technologie. La concertation porte sur les perspectives de l'emploi, l'organisation du travail, la santé, la sécurité, la qualification et les mesures éventuelles en matière de formation et de recyclage du travailleur.

3. Historiquement, il est utile de rappeler qu'au 19<sup>e</sup> siècle déjà, c'est le développement de l'industrialisation qui a entraîné le constat de l'indétermination totale de la fiction civiliste de l'égalité entre les contractants au contrat de travail et la nécessité à terme d'apporter une protection particulière aux catégories les plus faibles de la population<sup>7</sup>. Cette évolution a d'abord rendu nécessaire l'abandon de l'individualisme juridique prôné par le Code civil de 1804 fondé sur les cendres des corporations et des compagnonnages, basés sur l'interdiction de tout corps intermédiaire entre le citoyen et l'État et construit sur l'illusoire égalité entre les parties à un contrat de louage. Le système antérieur à l'avènement du droit social n'envisageait la gestion de ce qui allait s'appeler ultérieurement la question sociale que par le biais du droit pénal et notamment de l'interdiction des coalitions. La question sociale qui déboucha en Belgique sur

5. Sur la convention collective de travail 39, voyez notamment R. ROBERT et K. ROSIER, « Réglementation et contrôle de l'utilisation des technologies de la communication et de l'information sur le lieu du travail », in K. ROSIER, *Droit du travail à l'ère du numérique*, op. cit., pp. 279 et s.
6. On l'oublie trop souvent, mais la convention collective du travail comporte, selon l'article 6, une interdiction de licencier : l'employeur qui ne respecte pas la procédure d'information et de procédure de concertation ne peut pas accomplir un acte tendant à mettre fin unilatéralement au contrat de travail sauf pour des motifs étrangers à l'introduction de la nouvelle technologie concernée.
7. Voy. R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale : une chronique du salariat*, coll. Folio, éd. Gallimard, 1999, 813 p.

les émeutes de 1886 et le discours du Roi Léopold II du 9 novembre 1886 qui ouvrait l'idée d'une législation sur le travail est incontestablement née des modifications des techniques de production. À partir de cette prise de conscience, une première réglementation des salaires, du travail des femmes et des enfants, des règlements d'atelier, vit le jour<sup>8</sup>.

4. Ce phénomène n'était d'ailleurs lui-même pas nouveau. Le système corporatiste de l'ancien régime avait quant à lui aussi beaucoup été ébranlé par les développements pré-industriels<sup>9</sup>. La conception des corporations est née au sein d'une société fortement hiérarchisée par la structure féodale vers le milieu du 11<sup>e</sup> siècle dans le cadre notamment du premier essor politique et économique des villes. À côté néanmoins de ce système vont apparaître en dehors du cadre corporatiste<sup>10</sup> – même s'il subsiste au sein de statut proche de règlement d'atelier des usages corporatistes –, des manufactures royales<sup>11</sup>, des manufactures dispersées, des manufactures concentrées qui sont les véritables ancêtres des systèmes industriels que l'on connaîtra ultérieurement<sup>12</sup>.

8. Voy. not. B.S. CHLEPNER, *Cent ans d'histoire sociale en Belgique*, Bruxelles, U.L.B., 1972.
9. Voy. S. KAPLAN, *La fin des corporations*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2001, 740 p.
10. Le système corporatif subira pendant une partie importante de l'ancien régime des pressions extérieures comme par exemple le développement du *verlagssystem* caractérisé par un développement du capitalisme commercial : les négociants achètent la matière première et la fournissent à des artisans leur commandant un travail effectué. Le négociant vendra ensuite le produit achevé. L'artisan lui-même fait travailler quelques ouvriers étant indépendants juridiquement mais dépendants économiquement. On assiste ainsi à une dispersion d'ateliers liés à un même négociant. Le passage vers la manufacture concentrée se justifiera ultérieurement pour mieux surveiller les travailleurs car à domicile le détournement de la matière première est importante la productivité n'est pas nécessairement maximale. C'est ainsi que dans une phase de proto-industrialisation, on va assister à un usage intensif du *verlagssystem* dans les campagnes de façon à faire travailler les ouvriers ruraux à moindre prix, en cherchant une main d'œuvre rurale bon marché sans néanmoins investir dans les machines dans un processus de division du travail. Il faudra attendre à cet égard le développement du *factory system* qui est le système de la manufacture concentrée. Le but en est de faire augmenter l'offre et le profit. C'est ainsi que les premiers capitalistes ont profité de l'augmentation démographique du 18<sup>e</sup> siècle pour concentrer une partie de la main d'œuvre rurale restée disponible vu notamment une agriculture microfondiaire peu rentable dans un espace clos qui est la future usine. La raison en est simple : l'artisanat génère trop peu de profit pour le capitalisme.
11. Avec le développement des manufactures, l'autorité va créer, sous Colbert, le premier corps étatique d'inspecteurs de manufactures avec notamment le contrôle de la qualité des matières premières et l'apposition de la marque pour percevoir un impôt mais aussi une fonction liée à la propagation des progrès techniques. Certains inspecteurs sont eux-mêmes des inventeurs tels Vaucanson créateur notamment du célèbre canard automate et ayant contribué au développement des manufactures de soie.
12. D'ailleurs, les manœuvriers « brassiers journaliers » qui sont des travailleurs non qualifiés employés à la journée à des travaux de force ne bénéficient quant à eux d'aucune protection dans le système corporatiste.

L'usine va devenir un lieu de compression de la main d'œuvre et va employer, grâce à la division du travail, un personnel sous-qualifié abondant aisément interchangeable. L'usine devient dès lors une machine à produire, à surveiller et un lieu de maîtrise du temps et de discipline. Elle va être l'endroit idéal pour le développement du machinisme que la technique va permettre. Dans ce cadre, toute l'organisation des corporations est non seulement inappliquée mais y serait inapplicable. C'est dans le cadre de ces grandes concentrations que le temps de travail va devenir un enjeu parce qu'on va pouvoir d'abord le mesurer ; ce qui va passer par le développement des techniques de mesure du temps. On envisage alors de passer d'un cycle immuable où travail et loisirs ne sont pas clairement distingués à une conception linéaire<sup>13</sup> ou le travail se mesure et le temps devient l'objet de discipline<sup>14</sup>. C'est alors l'invention d'une productivité s'opposant à l'idéal qualitatif des corporations. Les manufactures quant à elles, en inaugurant un régime de centration du travail où subordination et stabilité de main d'œuvre sont nécessaires vont réclamer des règlements sur la discipline. À ce moment, le système corporatif est décalé<sup>15</sup>.

La poussée démographique du 18<sup>e</sup> siècle va accroître le problème de subsistance et pousser le paysan à chercher un travail complémentaire ou aller tenter sa chance à la ville<sup>16</sup>. Le cadre corporatif se développe dans une économie artisanale où capital et travail sont réunis dans les mains du maître et les nouveaux systèmes de production vont entraîner quant à eux le développement du salariat avec un phénomène de paupérisation liée notamment à l'expansion due à l'économie marchande au moment de l'extension des marchés (ce qui pourrait être envisagé comme une première forme de mondialisation de l'économie) et à la croissance démographique que les campagnes ne peuvent plus absorber et qui crée un exode vers les villes où les formes de solidarité urbaine de type professionnel ne peuvent pas soulager la misère de ces nouveaux pauvres. Ce paupérisme ne peut pas être pallié par des formes très parcellaires d'assistance sous l'ancien régime ni par le relais social des communautés médiévales qui vont disparaître aussi ultérieurement dans le cadre des grandes concentrations industrielles. Cela va donc aussi briser le lien social et entraîner

13. S. GILSON, « Prélude. Quelques propos sur la notion de temps de travail et la durée du travail », *op. cit.*, p. 9.
14. S. GILSON, « Préliminaires. Discipline et surveillance au travail : des racines profondes », *op. cit.*, pp. 9 à 31.
15. L'apprentissage est inutile dans une industrie où par la division du travail, l'ouvrier se voit confier une tâche répétitive et élémentaire. L'économie de qualité n'a plus de sens puisque l'on vise à diminuer les coûts et l'augmentation de production.
16. La situation belge n'est pas fondamentalement différente. Sans doute peut-on relever que la plus grande liberté dont ont joui les villes belges a pu influencer les corporations qui s'y sont développées dans une tradition d'autonomie communale mais nos régions connaissent également des luttes entre corporations avec les seigneurs quant au maintien des privilèges urbains.

de nombreuses tensions sociales<sup>17</sup> rendant indispensable l'assistance collective amenant ainsi à la nécessité de sécurité sociale<sup>18</sup>. Les premiers éléments de ce qui deviendra la question sociale sont donc réunis par une mutation globale du travail liée à des changements technologiques au sens large.

Dès les premières innovations techniques majeures concomitantes de la révolution française, on va pouvoir constater une évolution très nette et un passage peu à peu d'un précapitalisme financier commercial à un capitalisme industriel qui va alors procurer les capitaux dont manquent cruellement le développement industriel (au lieu de l'épargne thésaurisée, de l'achat d'un office vénal vendu par le roi, de l'achat d'un droit seigneurial ou d'une rente foncière). L'État joue un rôle important en France notamment par le développement du mercantilisme – dont le colbertisme sera la variante française – et qui va se caractériser par un interventionnisme étatique dans le champ économique pour suppléer à l'absence d'initiatives privées. Mais à l'époque déjà les corporations étaient politiquement dépassées. L'absolutisme royal avait renforcé le dirigisme économique et affaibli l'autorité corporative qui s'était développée initialement quant à elle avec le mouvement des villes en résistance aux pouvoirs du roi. Le déclin des corporations va donc de pair avec le déclin de la féodalité et le renforcement du pouvoir royal et la centralisation avec une politique économique étatiste centralisée<sup>19</sup>.

17. On rappellera que la première réaction du pouvoir face au chômage, c'est la répression. Le travail a toujours, quant à lui, été intimement lié à la question de la mendicité et à la répression de la mendicité. Ainsi l'instrument de répression sera le dépôt de mendicité, lieu d'enfermement et de travail forcé. En Angleterre, on parle de *workhouse* et les devises de certaines institutions en Allemagne sont révélatrices : « *labore nutrior, labore plector* » (le travail nourrit, le travail punit) ou encore « *miseris malis* » (pour les pauvres et les méchants). Vers la fin du 18<sup>e</sup> siècle, l'éruption de la pensée économique va enfin assigner une place à cette masse indigente, place peu enviable, celle de la main d'œuvre peu qualifiée des industries naissantes. Plus la population est nombreuse, plus la main d'œuvre est bon marché, en créant ainsi une véritable loi d'airain des salaires.
18. Avec la suppression des corporations (voy. sur le décret d'Allarde : S. GILSON, K. ROSIER, A. ROGER, S. PALATE, *Secret et loyauté dans la relation de travail*, Waterloo, Kluwer, 2012), c'est également les compagnonnages, associations ouvrières présentant des aspects religieux, sociaux et syndicaux pour utiliser un terme anachronique qui vont disparaître. Compagnonnage dont l'action comprend notamment la maîtrise du contrôle du placement, c'est-à-dire le contrôle du marché du travail pour les ouvriers qualifiés (avec un système de *closed-shop*) qui convoque les compagnons pour être engagés et une force sociale importante notamment dans le cadre de cabale ou coalition, groupement temporaire de revendications accompagnées d'actions collectives qu'on n'appelle pas encore grèves.
19. L'absolutisme royal fera donc peu progresser le libéralisme et ouvrira la voie d'un capitalisme d'état. Contrairement à ce qui a été souvent affirmé, la révolution française n'a sans doute pas constitué un passage déterminant du féodalisme au capitalisme. Le féodalisme mourant depuis le développement de l'absolutisme royal et le capitalisme en gestion depuis la même époque en France. Il y a un décalage entre le mouvement éco-

5. Nous avons essayé précédemment, dans ce cadre historique, de montrer l'influence des technologies sur le *développement de la discipline et de la surveillance au travail*. Le salariat connaît en effet une genèse embryonnaire aux 17 et 18<sup>e</sup> siècles dans un moment où la discipline connaît une forme d'institutionnalisation<sup>20</sup>. Cela va de pair avec les mutations technologiques de l'appareil de production. Bien sûr, la discipline existait auparavant mais les disciplines franchissent, au 18<sup>e</sup> siècle, un seuil technologique (à notre sens, le monde numérique a fait franchir un nouveau seuil à cet égard). L'appareil disciplinaire va donc se développer en même temps que les formes de travail se modifient et qu'il devient impossible à un seul de contrôler l'ensemble des travailleurs. M. Foucault relève, dès lors, que : « [l]es mutations technologiques de l'appareil de production, la division du travail, l'élaboration des procédés disciplinaires ont entretenu un ensemble des rapports très serrés »<sup>21</sup>.

6. Le développement des nouvelles technologies prend simplement place dans ce contexte évolutif et permet de nouvelles formes de surveillance dans une société qui a profondément changé depuis l'ère industrielle. L'évolution des fonctions a rendu nécessaire également cette mutation. Un contremaître garde-chiourme est adapté pour un travail concentré en usine comme sur un mode carcéral. Au fur et à mesure que l'on a à faire à de plus en plus de travailleurs intellectuels disposant de plus d'autonomie physique, il faut modifier la nature du contrôle. Paradoxalement, cette autonomie des travailleurs dans l'exécution de leur travail n'amène pas une diminution de la surveillance<sup>22</sup>. Cette société du contrôle ne peut pas s'envisager sans des progrès techniques considérables. La surveillance se déplace et se modifie. La technologie a même finalement entraîné une extension de la surveillance : contrairement au contremaître, fût-il dans un système panoptique, la technologie permet de contrôler potentiellement chacun et tout le temps ; ce qui accroît incontestablement la pression sur les travailleurs<sup>23</sup>. Il est vraisemblable également que la surveillance elle-même voit sa nature se modifier. La surveillance au travail se caractériserait par « un affaiblissement continu de la faculté de maintenir une part de ces gestes à l'abri du regard, légitimé par les rapports de

nomique et le mouvement politique. La révolution industrielle va quant à elle apparaître plus tardivement. La Révolution ouvre simplement une porte au capitalisme hors de l'état. Dans une certaine mesure, la Révolution est non pas une œuvre de rupture mais une belle continuité avec l'ancien régime en consacrant l'évolution du métier libre par rapport au déclin corporatif : c'est une accélération de l'évolution.

20. S. GILSON, « Préliminaires. Discipline et surveillance au travail : des racines profondes », *op. cit.*, p. 9.
21. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 257.
22. V. FLOHIMONT, « Conclusion », in K. ROSIER, *Droit du travail à l'ère du numérique*, *op. cit.*, p. 583.
23. *Ibid.*, pp. 586 et s.

pouvoirs que suppose la hiérarchie professionnelle, non plus matérialisée dans un contrôle visible et autoritaire à l'instar des contremaîtres (...) mais en une forme de servitude indolore et toujours plus intériorisée produite par une expertise numérique individualisée des actions menées au quotidien<sup>24</sup>. Cette forme de surveillance immatérielle apparaîtrait tout en étant plus intrusive et efficace, moins violente que les formes anciennes plus coercitives. Elle pourrait caractériser le passage d'une société de surveillance telle que décrite par M. Foucault à une société de contrôle selon G. Deleuze. Il est vraisemblable que nous nous situons actuellement, selon les milieux professionnels, entre une société de surveillance moderne et une société de contrôle : « Le propre des normes modernes, et c'est ce qui caractérise le passage progressif de la société disciplinaire décrite par Michel Foucault et qui impliquait nécessairement l'existence d'une série de lieux "d'enfermement" (l'asile, l'hôpital, l'usine, l'école, la prison), à la société de contrôle qui peut se passer dans une mesure croissante de la contrainte physique et de la surveillance directe est que ce sont les individus qui doivent s'imposer eux-mêmes, non seulement le respect mais l'adhésion aux normes, les intégrer dans leur biographie, par leur propre action et réitération. Le pouvoir prend dans la société moderne la forme d'offres, de services ou d'actions incitatives bien plus que de la contrainte<sup>25</sup>. La technologie accompagne dès lors parfaitement cette société du contrôle en révolutionnant le pouvoir disciplinaire.

7. Il ne faut toutefois pas omettre la véritable révolution de la surveillance qu'ont permis les progrès technologiques, notamment, sans volonté d'exhaustivité :

- la technique du badge qui révolutionne le pointage classique en ce qu'il impose son utilisation pour l'entrée et la sortie de l'entreprise aussi bien au début et à la fin de la journée de travail que pendant celle-ci<sup>26</sup>;
- le contrôle des communications électroniques<sup>27</sup>;

24. E. SADIN, *Surveillance globale, enquêtes sur les nouvelles formes de contrôle*, Paris, Clichés, 2009, p. 186.
25. G. DELEUZE, « Postscriptum sur les sociétés de contrôle », *L'autre Journal*, n° 1, mai 1990 cité in S. LACOUR, *La sécurité de l'individu numérisé : réflexion prospective et internationale*. Le texte est disponible sur le site infokiosques.net.
26. K. ROSIER, « Le contrôle d'accès et le contrôle du temps de travail », in *B.S.J.*, n° 421, p. 6 et suite in n° 422, p. 5; O. RUCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée dans la relation de travail*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 172 à 174.
27. Sur le contrôle par le biais des nouvelles technologies, on lira R. ROBERT et K. ROSIER, « Réglementation et contrôle de l'utilisation des technologies de la communication et de l'information sur le lieu du travail », *op. cit.*, pp. 231 et s. Adde : K. ROSIER, « Le cybercontrôle des travailleurs contrôlé par le Juge », *Orientations*, 2009, n° 6, pp. 22-26. VAN WASSENHOVE, « Le respect de la vie privée dans l'usage de nouvelles technologies », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2005, p. 139; R. BLANPAIN et M. VANGESTEL, *Gebruik en contrôle van e-mail, intranet en internet*

- les techniques de logging permettant de disposer d'une vision claire sur l'activité d'un poste de travail;
- la géolocalisation<sup>28</sup>;
- les relevés des communications<sup>29</sup>;
- les caméras de surveillance<sup>30</sup>;
- le contrôle des performances<sup>31</sup>.

- in de onderneming, Bruges, La Charte, 2003, 264 p.; F. HENDRICKX, *Elektronisch toezicht op het werk: internet en camera's*, Malines, Kluwer, 2005, 197 p.; P. DE HERT, « C.A.O. nr. 81 en advies nr. 10/2001 over controle van internet en e-mail. Sociale herlezen stafwetten en grondrechten », *R.W.*, 2002-2003, 1281-1294; D. DEJONGHE, « Wergeverscontrole op e-mail en internetgebruik: C.A.O. nr. 81 slechts de krijtlijn », *Or.*, 2002, 225-235; M. GOLDFAYS, « C.C.T. n° 81: contrôle des données de communications électroniques », *Or.*, 2002, 209-212; O. RUCKAERT, « Surveillance des travailleurs: nouveaux procédés, multiples contraintes », *Or.*, 2005, n° spéc., 41-60; P. DEGOUIS et S. VAN WASSENHOVE, *Nouvelles technologies et leur impact sur le droit du travail*, Courtrai, UGA, 2010, pp. 57 à 92; R. ROBERT et K. ROSIER, « Réglementation et contrôle de l'utilisation des technologies de la communication et de l'information sur le lieu du travail », *op. cit.*, pp. 231 à 360.
28. O. MORENO et F. SCHAPIRA, « La surveillance du travailleur par la géolocalisation », in *Discipline et surveillance dans la relation de travail* (S. GILSON dir.), Limal, Anthemis, 2012, p. 427; T. MESSIAEN, « Navigatiesystemen en privacy », *N.j.W.*, 2007, 338-347; S. RENETTE et D. DE BOT, « Het aanwenden van een geolocalisatiesysteem in het kader van een arbeidsovereenkomst », *Or.*, 2005, 205-216; R. ROBERT et K. ROSIER, « Réglementation et contrôle de l'utilisation des technologies de la communication et de l'information sur le lieu du travail », *op. cit.*, pp. 319 à 330; P. DEGOUIS et S. VAN WASSENHOVE, *Nouvelles technologies et leur impact sur le droit du travail*, *op. cit.*, pp. 121 à 127.
29. Voy. sur cette question R. ROBERT et K. ROSIER, « Réglementation et contrôle de l'utilisation des technologies de la communication et de l'information sur le lieu du travail », *op. cit.*, pp. 330 à 341.
30. En ce qui concerne la caméra de surveillance et la convention collective de travail 68, on lira B. MARECHAL, « La convention collective de travail n° 68 en ce qui concerne la surveillance par caméra sur le lieu de travail », in *Les droits du travail à l'ère du numérique: les technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail* (K. ROSIER dir.), p. 445. P. DEGOUIS et S. VAN WASSENHOVE, *Nouvelles technologies et leur impact sur le droit du travail*, *op. cit.*, pp. 95-113; E. VERLINDEN, « Camerabewaking », in *Privacy in de arbeidsrelatie. Gids voor het voeren van een privacybeleid*, Gand, Story publishers, 2008, pp. 78-97; M. LAUVAUX, V. SIMON et D. STAS DE RICHELLE, *Criminalité au travail*, Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 33-42; F. HENDRICKX, *Elektronisch toezicht op het werk: internet en camera's*, in *Sociale praktijkstudies*, Malines, Kluwer, 2005, pp. 197 et s.; E. CARLIER et G. ALBERT, « L'instauration d'un plan de sécurité dans l'entreprise et le droit au respect de la vie privée », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2005, pp. 188-193; P. DE HERT, O. DE SCHUTTER et B. SMEESTERS, « Emploi, vie privée et technologies de surveillance. À propos de la convention collective du travail n° 68 relative à la vie privée des travailleurs à l'égard des surveillances par caméra sur le lieu de travail », *J.T.T.*, 2001, p. 2; R. DELARUE et M. WYNS, « De C.A.O. nr. 68 beschermt de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de camerabewaking op de arbeidsplaats », *Or.*, 1999, 25-32; B. PATERNOSTRE et F. VERBRUGGE, « Protection de la vie privée et surveillance par caméras sur le lieu de travail », *Or.*, 1998, 229-230; P. DE HERT, « Camera's in bedrijven », *Or.*, 1996, 200-208; S. GURWIRTH, « Camera's en de noodzakelijke ontgroening van de privacywet », *R.W.*, 1994-1995, 105-113.
31. On lira à cet égard l'intéressant article de L.M. SCHLEIFER, « La surveillance électronique au travail », [www.ilo.org](http://www.ilo.org), qui aborde les dispositifs de surveillance électronique de la

Techniquement, la société de la surveillance est en place et ce qui est intéressant c'est de voir qu'il n'y pas que la crainte d'un *big brother* étatique mais que ces techniques de surveillance se sont rapidement diffusées et sont accessibles à peu de coût à tout un chacun. C'est aussi la raison pour laquelle, rappelons-le, le contrôle de ces ingénieries privées est capital. La fin (économique) ne justifie pas tous les moyens (technologiques). La jurisprudence *Antigoon* est au cœur de ce débat. Incidemment, on relèvera que le poids de la réglementation privée (et notamment du type *internet policy*...) peut être liée à une difficulté de praticabilité de certaines normes.

8. Les nouvelles technologies n'ont donc pas créé la discipline et la surveillance mais elles ont permis un développement sans précédent de la surveillance des travailleurs au moment où paradoxalement naissait et se développait la reconnaissance des droits fondamentaux du travailleur au travail comme la vie privée, par exemple.

De manière globale, les développements technologiques ont donc accru les tensions liées aux velléités de contrôle patronal face aux droits à la vie privée du travailleur. Cela a nécessité la mise en place de compromis précaires et instables au sein notamment de certaines conventions collectives de travail (de la C.C.T. n° 68 du 16 juin 1998 relative à la surveillance par caméras sur le lieu de travail, de la C.C.T. n° 81 du 26 avril 2002 relative au contrôle de l'utilisation d'internet et des courriels sur le lieu de travail, etc.)<sup>32</sup>. Certaines technologies n'ont pas encore eu l'heur de se voir encadrer juridiquement, comme par exemple la géolocalisation<sup>33</sup>. Il s'agit d'un exemple où cette technologie va permettre, en partie du moins, d'opérer différemment une surveillance qui auparavant n'était envisageable que par des détectives privés, matière quant à elle encadrée par la législation<sup>34</sup>.

performance SEP, à savoir des processus informatisés de collectes, de stockages, d'analyses et de communications en continu d'informations sur le travail des salariés. Ce type de technique est notamment utilisé dans les travaux de bureau afin de vérifier la vitesse de frappe, le taux d'erreurs, les délais de réponse dans les call-center, la vitesse du chauffeur dans la livraison, la consommation de carburant. Les premières études sur ce sujet datent du début des années 90 et relèvent notamment le stress induit et la charge psychosociale générale. Il s'agit en fait d'une relecture des vieux principes tayloristes à la lumière des nouvelles technologies.

32. F. LAMBINET, « La surveillance et la condition de l'égalité à l'aune de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Discipline et surveillance de la relation de travail* (S. GILSON dir.), Limal, Anthemis 2013, pp. 315 et s.
33. O. MORENO et F. SCHAPIRA, « La surveillance du travailleur par la géolocalisation », in *Discipline et surveillance de la relation de travail* (S. GILSON dir.), Limal, Anthemis, 2012, p. 427.
34. D. MOUGENOT, « La surveillance par des détectives privés », in *Discipline et surveillance de la relation de travail* (S. GILSON dir.), Limal, Anthemis, 2012, p. 463.

Ces conflits de droits fondamentaux seront abordés dans notre contribution essentiellement sous deux angles : d'une part, le droit au respect de la vie privée du travailleur, et, d'autre part, le droit à la liberté d'expression du travailleur.

9. Les nouvelles technologies créent également de nouvelles formes de travail qui doivent être encadrées comme par exemple le télétravail<sup>35</sup>.

Elles sont susceptibles de créer des formes particulières de charge psycho-sociale au travail<sup>36</sup> notamment par une augmentation du stress, par des exigences de disponibilité, par un brouillage des frontières entre vie privée et vie professionnelle, ... Nous n'aborderons pas cette question.

35. N. LEFEVER, « Exécution du contrat de travail à distance : le télétravail », in K. ROSIER, *op. cit.*, pp. 121 et s. Voy. aussi : L. BALLARIN, « Télétravail – travail à domicile – travail à distance et flexibilité », in *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Bruxelles, Conférence du jeune barreau de Bruxelles, 2001, 235-254 ; P. BORGIONS, « De huisarbeid », *Or.*, 1997, 25-36 ; M. GOLDFAYS, « Travailleurs à domicile », *J.T.T.*, 1997, 177-181 ; J. JACQMAIN, « Modalités particulières à certains contrats. Occupation de travailleurs à domicile » (Partie I, Livre I, Titre III, Chapitre I), in G. VANDEN AVYLE, *Guide social permanent. Commentaire droit du travail*, Waterloo, Kluwer, f. mob ; J. JACQMAIN, « La loi relative au travail à domicile », *Chron. D.S.*, 1997, 1-7 ; B. MARTHOZ, « Entre flexibilité et sécurité : Aperçu de la nouvelle législation sur le télétravail », *D.A.O.R.*, 2007, 175-195 ; F. ROBERT, *Le télétravail à domicile*, Bruxelles, Larcier, 2005 et l'intéressante préface de L. TASKIN ; L. Taskin relève que depuis sa première apparition en 1972, le terme télétravail et la réalité qu'il recouvre ont d'ores et déjà connu différentes mutations concomitamment aux multiples changements affectant le monde du travail (flexibilité, technologie de l'information et de la communication, etc.). Le télétravail remet ainsi en cause la règle des trois unités (de lieu, de temps et d'action) qui caractérisait l'activité professionnelle (à ce sujet, voy. A. SUPLOT (« Travail, droit et technique », *D.S.*, 2002, pp. 13 à 25), qui relève notamment la perte des repères spatio-temporels fixés par le droit du travail de l'ère industrielle impliquant l'idée d'un être humain qui est disponible en tout temps et en tout lieu pour travailler). Il ne peut pas être analysé indépendamment du débat relatif à la flexibilité du travail. Cela pose aussi des questions de conciliation de la vie privée, de la vie familiale et de la vie professionnelle, de gestion du temps, de contrôle managérial, etc. Voyez à ce sujet les intéressantes réflexions formulées par F. Robert en ce qui concerne les enjeux du télétravail en termes de mobilité et de transport, de stress au travail, de promouvoir la réinsertion de certaines personnes, la flexibilité. On observera incidemment que l'histoire pourrait connaître une curieuse boucle dès lors qu'initialement le travail à domicile était une forme d'exploitation des travailleurs. Voy. aussi : F. ROBERT, « Télétravail à domicile, la C.C.T. n° 85 sur le télétravail du 16 juillet 2002 », *C.J.*, 2005, 101-108 ; F. ROBERT, « Les aspects juridiques du télétravail à domicile : état de la question au regard de l'évolution récente de la législation (I) et (II) », *Or.*, 2007, 1 et 2 ; K. SALOMEZ, « Telewerk een bijzondere vorm van huisarbeid : naar geldend ?? komend recht ? », *Chron. D.S.*, 2006, 121-131 ; L. SMETS et N. THOLEN, « Thuiswerk en telewerk : nog ver van huis », *Or.*, 2006, 83-97 ; I. VAN TILBORGH, « Huisarbeid – De wet van 6 december 1996 : oost, west... thuis best ? », *R.D.S.*, 1998 (numéro spécial 20<sup>e</sup> anniversaire de la loi relative aux contrats de travail), 17-47 ; R. BLANPAIN, *Telewerk. Arbeidsrecht en praktijk. Internationaal, Europees en Belgisch Recht*, Bruges, La Charte, 2006.
36. A. CIESLAAR, A. NAYER et B. SMEESTERS, *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail : métamorphoses du droit social*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

10. L'utilisation de l'outil informatique est susceptible de créer de nouveaux risques de mise en cause de la responsabilité civile des travailleurs salariés<sup>37</sup>. L'accessibilité immédiate de ces moyens technologiques, leur rapidité et leur immédiateté, une certaine forme de déresponsabilisation également pourrait amener rapidement à des mises en cause de responsabilités<sup>38</sup>. Les nouvelles technologies sont également susceptibles de faciliter certains comportements problématiques des travailleurs, comme de la concurrence déloyale ou la communication de certaines informations confidentielles à des tiers. Les comportements problématiques comme l'utilisation du fichier clients sont, par ailleurs, certainement rendus plus aisés lorsqu'il suffit de copier ce fichier sur une clé usb ou de se l'envoyer par e-mail. De même, le dénigrement de l'employeur est certainement plus aisé sur des réseaux sociaux ou en tout cas est-il plus facile à prouver pour l'employeur. De nouveau, les nouvelles technologies ne créent pas la problématique mais la rendent plus aiguë<sup>39</sup>. La question du « vol du temps de travail »<sup>40</sup> en est un exemple : la rémunération est la contrepartie du travail presté, ce qui pose problème quand le temps rémunéré est occupé à des activités étrangères au travail, qu'elles soient privées ou professionnelles (sans parler évidemment des activités concurrentielles déloyales). Nous n'aborderons pas cette question.

11. Enfin, les nouvelles technologies peuvent dans certaines hypothèses menacer l'emploi, thème fort ancien qui avait en son temps contribué aux émeutes de type luddistes<sup>41</sup>. La nécessité de l'entreprise,

37. R. MARCHETTI, « Utilisation de l'outil informatique pour le travailleur dans l'exécution de leur contrat de travail : questions de responsabilité civile », in K. ROSIER, *op. cit.*, pp. 177 et s.
38. Sur la responsabilité du travailleur, voyez not. : S. GILSON et Ch.-E. CLESSE, *La responsabilité du travailleur, de l'employeur et de l'assuré social*, Anthemis, 2014.
39. Sur ces questions, voy. Ch.-E. CLESSE et S. GILSON, *La concurrence loyale et déloyale du travailleur*, Limal, Anthemis, 2013.
40. Voy. à ce sujet la phrase de S. ADAMS : « Ce n'est pas moi qui ai inventé le terme de "télé-travail inversé", mais j'aurais bien aimé. Cela fait référence au processus qui consiste à apporter son travail personnel au bureau. Je ne connais pas de meilleur endroit pour régler ses factures, jouer à des jeux, suivre les fluctuations de ses actions, organiser ses courses, appeler ses amis ou faire des photocopies. Aux yeux d'un observateur non averti, tous ces trucs ressemblent à du travail. Tout cela grâce à votre ami Internet » (cité en exergue in F. ROBERT, *Le télétravail à domicile*, Bruxelles, Larcier, 2005).
41. Le luddisme qui évoque le conflit industriel survenu en Angleterre en 1811 et en 1812 représente la tentative désespérée de certains travailleurs de lutter contre la menace qui frappe certaines professions (tondeurs de drap, tisserands sur coton, tricoteur sur métier) par l'apparition de métiers mécaniques. Des mouvements similaires apparaissent ensuite en France quelques années plus tard. Il donne lieu aujourd'hui à un mouvement d'opposition aux progrès techniques dénommés néo-luddisme, critiquant notamment les conséquences de la révolution industrielle, terme dont l'usage est notamment fait par Th. ROZAK (*The Cult of Information : A Neo-Luddite Treatise on High-Tech, Artificial Intelligence, and the True Art of Thinking* (2<sup>nd</sup> ed), University of California Press, Berkeley, California, 1994). Il est possible que le thème connaisse

de l'établissement du service vise ainsi l'ensemble des impératifs liés à l'activité de l'employeur en ce compris la modernisation des techniques et procédés susceptibles de remplacement de l'homme par la machine. La doctrine relève ainsi – nonobstant la C.C.T. n° 39 – que « le licenciement d'un ouvrier motivé par la réorganisation des services de l'entreprise est un motif valable de congé. Cette réorganisation peut résulter de l'achat d'une nouvelle machine plus performante entraînant le licenciement »<sup>42</sup>. On rappellera au reste que rien dans le droit belge du licenciement n'impose un principe général d'obligation de réaffectation du travailleur<sup>43</sup>.

Il y a lieu aussi de s'interroger sur le risque pour les travailleurs d'une fracture numérique avec la possibilité de l'exclusion d'une partie de la population qui n'aurait pas accès aux technologies de l'information et de la communication et qui serait alors des « digital-losers » ou des « techno-exclus ».

Nous n'aborderons pas cette question.

\* \*

12. Le thème est tentaculaire. Il est en effet susceptible de permettre une relecture de l'ensemble du droit social au travers de son prisme, ce qui n'est pas notre objectif dans ce cadre relativement restreint. Nous nous contenterons de mettre l'accent sur quelques problématiques qui nous apparaissent utiles pour les praticiens du droit social. Le thème dépasse par ailleurs globalement une appréhension qui serait strictement juridique. Il prend place dans un contexte général qui comporte des dimen-

une résurgence dans le futur du fait de la généralisation d'intelligence artificielle qui serait combinée avec des techniques d'exécution automatique. Le thème est classique dans les romans d'anticipation (dont on verra l'étonnante relecture scandinave dans la série télévisée *Real Humans*) et de science-fiction (« On peut définir la Science-Fiction comme la branche de la littérature qui se soucie des réponses de l'être humain aux progrès de la science et de la technologie. » Isaac Asimov) mais fait l'objet également de différentes informations sur des politiques industrielles de remplacement de travailleurs par des robots. Certains soutiennent déjà que l'homme pourrait, à moyen terme, être remplacé par le robot pour certaines fonctions (Voy. not. E. BRYNOLFSSON et A. MCAFEE, *The Second Machine Age – Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, W. W. Norton & Company, 2014 et *Race Against the Machine: How the Digital Revolution is Accelerating Innovation, Driving Productivity, and Irreversibly Transforming Employment and the Economy*, Digital Frontier Press, 2012). Seuls certains postes échapperaient au remplacement, augmentant les inégalités sociales.

42. V. VANNES et L. DEAR, *La rupture abusive du contrat de travail. Théorie et applications*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 287. En ce sens, voy. égal. M. JOURDAN, « Le licenciement abusif de l'ouvrier. Évolutions », in *Le licenciement abusif. Notions, évolutions, questions spéciales* (Ch.-E. CLESSE et S. GILSON dir.), Limal, Anthemis, 2009, p. 77.
43. C. trav. Mons, 8 novembre 2005, R.G. n° 182005. Voy. à ce sujet : S. GILSON, « Introduction. À quand une véritable obligation de reclassement des travailleurs en droit social belge ? », in S. GILSON (dir.), *Le reclassement professionnel des travailleurs licenciés*, Anthemis, 2015, pp. 7 à 25.



sions sociologiques d'une part, et économiques d'autre part, aspects que les seules perspectives juridiques ne permettent pas d'aborder.

Après cette brève introduction destinée à rappeler le rôle du développement des techniques dans la genèse et l'évolution du droit social, nous examinerons dans une *première partie* l'incidence de la technologie sur les techniques contractuelles applicables en droit du travail. Dans une *deuxième partie*, nous nous pencherons sur l'influence des technologies sur la surveillance du travailleur par l'employeur en examinant les tensions liées au respect de la vie privée du travailleur et aux critères permettant la recherche d'un équilibre avec les prérogatives patronales. Dans une *troisième partie*, nous aborderons l'incidence sur le droit social du phénomène du grand dévoilement sur les réseaux sociaux, sujet qui est évidemment à même de mettre en cause la vie privée du travailleur mais que nous aborderons essentiellement par le biais de la mutation du droit à la liberté d'expression du travailleur notamment en analysant son droit de critique à l'égard de l'employeur sur les réseaux sociaux. Dans une *quatrième partie*, nous nous pencherons sur la licéité des preuves recueillies en violation du droit au respect de la vie privée en tenant compte de la révolution liée à la jurisprudence Antigone de la Cour de cassation et son impact sur le droit au respect de la vie privée.

## Section 1

### L'incidence de la technologie sur les techniques contractuelles applicables en droit du travail

#### A. La preuve de l'écrit en droit social<sup>44</sup>

13. On sait que traditionnellement sont opposés le système de la preuve réglementée ou légale du droit civil et le système de la preuve libre du droit commercial. Le droit social se situe à mi-chemin entre ces deux systèmes puisqu'il existe un assouplissement de la preuve réglementée. En effet, en vertu de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978, la preuve par témoin est toujours admise en droit social quelle que soit la valeur du litige. Il en va donc de même de la preuve par présomptions<sup>45</sup>. Pour un grand nombre d'écrits en droit social, il n'y a donc pas de formes parti-

44. Sur ce sujet, voy. not. : S. GILSON et K. ROSIER, « La preuve en droit du travail », *Or.*, avril 2007, pp. 1 à 17 ; S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit social », in *La preuve, questions spéciales* (Fr. KUTY et D. MOUGENOT dir.), CUP, Liège, Anthémis, 2008, pp. 179 et s. ; S. GILSON, K. ROSIER, A. FRANKART et M. GLORIEUX, « La preuve du motif grave », in *Le congé pour motif grave. Notions, évolutions, questions spéciales* (S. Gilson dir.), Limal, Anthémis, 2011, p. 169.

45. M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. I, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1982, p. 379.

culières à des fins probatoires. Donc, un « écrit » électronique comme un SMS ou un e-mail peut être invoqué.

14. Néanmoins, l'écrit n'est pas toujours exigé à titre de preuve. Il constitue parfois une forme substantielle à la fois expression solennelle du consentement des deux parties et condition d'existence de ce type de contrat voulu par les parties. Le droit social formule de telles exigences à de nombreuses reprises :

- il est possible de placer dans cette catégorie certains modes de notification que le droit social exige : par exemple le recommandé pour la notification du licenciement moyennant préavis (voy. *infra*) ;
- si le contrat de travail peut être verbal, on sait néanmoins que certains types de contrats doivent être constatés par écrit, comme par exemple les contrats de travail pour un travail à durée déterminée (art. 9 de la loi du 3 juillet 1978), contrat de travail à temps partiel (art. 11bis de la loi du 3 juillet 1978), contrat de remplacement (art. 11ter de la loi du 3 juillet 1978) de même que certaines clauses telles que jadis la clause d'essai (anciens art. 48, § 1<sup>er</sup>, et 67, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 3 juillet 1978)<sup>46</sup> et la clause de non-concurrence (art. 65, § 2, et 86, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 3 juillet 1978), etc. Dans toutes ces hypothèses, l'écrit constitue une condition d'existence de la clause et non un mode de preuve<sup>47</sup>. L'écrit ne peut, ainsi, être remplacé par une preuve par témoin, par présomptions, par un commencement de preuve par écrit<sup>48</sup> ou encore par une mesure de comparution personnelle<sup>49</sup>.

15. La notion d'écrit n'implique pas nécessairement qu'une écriture soit appliquée sur un support papier. En vertu de l'article XII.15, § 2, du Code de droit économique, il y a lieu de considérer que l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission<sup>50</sup>. Ainsi en est-il d'un support tel qu'un courrier électronique ou d'un SMS, par exemple. Ces documents peuvent donc être pris en compte dans le cadre du contentieux social.

16. Si, jusqu'il y a peu, seule la signature manuscrite était envisagée par le Code civil, tel n'est plus le cas à l'heure actuelle. En effet, un écrit signé électroniquement est à présent une preuve recevable comme il res-

46. Trib. trav. Bruxelles, 18 novembre 1985, *J.T.T.*, 1986, pp. 48 à 50.

47. G. DEMEZ, « La preuve en droit social » in *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 par la Faculté de droit de l'U.C.L., p. 29.

48. C. trav. Bruxelles, 9 avril 1979, *J.T.T.*, 1979, p. 334.

49. C. trav. Mons, 14 décembre 1998, R.G. n° 14376, [www.cass.be](http://www.cass.be).

50. Pour une étude détaillée sur le sujet, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *La théorie générale des obligations*, CUP, 2002, vol. 57, pp. 97-181.

sort de l'articulation des articles 1322, § 2, du Code civil et de l'article 5 de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification. L'exigence de signature électronique doit être reconnue comme étant rencontrée dès lors que les données électroniques constituant la signature électronique peuvent être imputées à une personne et garantissent le maintien de l'intégrité du message<sup>51</sup>. La technique la plus répandue actuellement pour la signature électronique est celle de la signature digitale à cryptographie asymétrique mettant en œuvre la combinaison d'une clé privée et d'une clé publique. Un simple courrier électronique au sein duquel figure le nom de l'expéditeur comme dans un courrier ordinaire ne suffit pas à le qualifier d'écrit signé électroniquement. Celui-ci n'aura donc valeur que de commencement de preuve par écrit<sup>52</sup>.

17. La valeur probante d'un écrit signé électroniquement est tributaire des garanties qui entoureront la signature électronique. L'article 4, § 4, de la loi 9 juillet 1991 précitée prévoit, en effet, qu'une signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique, est assimilée à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale. Ces concepts sont définis dans la loi du 9 juillet 1991.

18. En ce qui concerne les documents signés électroniquement mais ne répondant pas à ces garanties, le juge est libre d'en apprécier la valeur probante<sup>53</sup>. Toutefois, les signatures qui ne répondent pas à ces critères ne peuvent se voir refuser toute valeur probante au seul motif (i) que la signature se présente sous forme électronique, (ii) qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, (iii) qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification ou (iv) qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature, comme il résulte de l'article 4, § 5, de la loi du 9 juillet 1991. Un acte dépourvu de signature n'a pas la force probante d'un acte sous seing privé mais il pourra, le cas échéant, être utilisé à titre de commencement de preuve par écrit ou comme présomption.

51. L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 560.

52. D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 128.

53. *Ibid.*, 2001, pp. 119-120.

## B. Conclusion du contrat de travail et archivage par voie électronique

19. Hervé Jacquemin a analysé l'influence du recours aux technologies de l'information et de la communication au moment de la conclusion du contrat, en se penchant notamment sur la manière avec laquelle le formalisme contractuel du droit du travail pouvait valablement être accompli par voie électronique<sup>54</sup>. Dans ce cadre, il a effectué un examen détaillé des exigences de formes requises au moment de la conclusion du contrat de travail et notamment l'existence de l'écrit pour la conclusion de certains contrats ou de certaines clauses. Il a ensuite analysé de manière détaillée l'adoption de la disposition légale particulière de l'article 3bis de la loi du 3 juillet 1978 permettant la conclusion d'un contrat de travail signé au moyen d'une signature électronique créée par la carte d'identité électronique<sup>55</sup>. L'auteur explique la théorie des équivalents fonctionnels qui veut qu'on ne définisse pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir.

20. L'auteur y détaille également les diverses règles applicables à l'archivage du contrat de travail signé électroniquement. Nous nous permettons donc de renvoyer à l'étude exhaustive d'Hervé Jacquemin sur ce sujet dès lors que nous n'avons pas connaissance de problèmes pratiques nés

54. H. JACQUEMIN, « La conclusion du droit de travail par voie électronique », in K. ROSIER, *Le droit du travail à l'air du numérique*, op. cit., p. 15. Voy. aussi : H. BARTH et F. KÉFER, « Le contrat de travail et la signature électronique », *Or.*, 2002, pp. 245-252 ; F. KÉFER, « Le contrat de travail sans papier », in *Le droit des affaires en évolution. Le contrat sans papier*, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 2003, pp. 55-77.

55. « Un contrat de travail signé au moyen de la signature électronique créée par la carte d'identité électronique ou d'une signature électronique qui satisfait aux mêmes conditions de sécurité que celles présentées par la signature électronique créée par la carte d'identité électronique est assimilé à un contrat de travail papier signé au moyen d'une signature manuscrite. Par arrêté délibéré en Conseil des ministres et après avis du Conseil national du Travail, le Roi peut déterminer les conditions de sécurité que doivent remplir les systèmes de signature électronique autres que la signature électronique créée par la carte d'identité électronique (...). Le travailleur ne peut être contraint de conclure un contrat de travail au moyen d'une signature électronique. Un exemplaire du contrat de travail conclu au moyen d'une signature électronique est également archivé auprès d'un prestataire de service d'archivage électronique. Cet archivage électronique est gratuit dans le chef du travailleur et doit au moins être garanti jusqu'à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la fin du contrat de travail. L'accès du travailleur à l'exemplaire archivé est garanti à tout moment. Trois mois avant l'expiration de ce délai, le prestataire de service d'archivage électronique demande par envoi recommandé au travailleur quel est le sort à réserver à l'exemplaire archivé du contrat de travail conclu au moyen d'une signature électronique. Sur la demande du travailleur, le prestataire de service d'archivage électronique transmet ce document, sous une forme lisible et exploitable, à l'A.S.B.L. SiGeDIS, créée conformément à l'article 12 de l'arrêté royal du 12 juin 2006 portant exécution du Titre III, chapitre II, de la loi du 23 décembre 2005 relative au pacte de solidarité entre les générations, en vue de la reprise du service d'archivage électronique.(...) ».

de l'application de ce texte qui semble avoir anticipé les comportements sans doute à venir des parties au contrat de travail puisqu'aujourd'hui on ne peut pas dire que les contrats de travail signés électroniquement soient légion. Il faut en tout cas relever la liberté des parties de recourir aux technologies de l'information pour conclure le contrat et la liberté donnée de ne pas les utiliser, le travailleur ne pouvant pas être contraint de conclure un contrat de travail au moyen d'une signature électronique. La technologie pourrait en effet être une barrière qui pourrait créer une discrimination. L'auteur relève de manière très pertinente du reste que le système légal actuel ne protège sans doute pas en suffisance le travailleur en condition de faiblesse dans la relation contractuelle qui l'unit à l'employeur. L'auteur relève que le travailleur ne bénéficie pas, au contraire par exemple du consommateur, qui conclut des contrats par voie électronique à distance, des dispositions de mesure de protection particulière alors que le travailleur est aussi en position de faiblesse dans la relation contractuelle qui l'unit à l'employeur.

### C. Envoi des documents sociaux et archivage par voie électronique

21. L'article 3<sup>quater</sup> de la loi du 3 juillet 1978 dispose quant à lui que « dans le cadre de la relation individuelle de travail entre employeur et travailleur, les documents suivants peuvent être envoyés et archivés sous format électronique :

- le document visé à l'article 20<sup>bis</sup> de la présente loi<sup>56</sup>;
- les documents visés à l'article 21 de la présente loi<sup>57</sup>.

Cette forme d'envoi doit faire l'objet d'un accord à durée déterminée et toujours révocable unilatéralement, ce qui est assez original :

« Le travailleur et l'employeur déterminent, par le biais d'un accord mutuel pouvant également être conclu par voie électronique, quels documents visés au paragraphe précédent sont envoyés et archivés par voie électronique. L'accord mutuel doit au moins s'appliquer pour l'année calendrier en cours. Après l'expi-

56. « Lorsque le travailleur est amené à exercer son travail dans un pays étranger pour une durée qui excède un mois, l'employeur est tenu de remettre (soit sous format papier, soit sous format électronique,) au travailleur, avant son départ, un écrit constatant :

- la durée du travail exercée à l'étranger;
- la devise servant au paiement de la rémunération;
- les avantages éventuels liés à la mission à l'étranger;
- le cas échéant les conditions de rapatriement du travailleur ».

57. « Lorsque le contrat prend fin, l'employeur a l'obligation de délivrer (soit sous format papier, soit sous format électronique) au travailleur (...) (tous les documents sociaux et) un certificat constatant uniquement la date du début et de la fin du contrat, ainsi que la nature du travail effectué. Ce certificat ne peut contenir aucune autre mention, sauf à la demande expresse du travailleur ».

ration de l'année calendrier en cours visée à l'alinéa précédent, tant le travailleur que l'employeur peuvent, de manière unilatérale, revenir sur l'accord mutuel visé à l'alinéa précédent en portant à la connaissance de l'autre partie, de manière claire et explicite, qu'un ou plusieurs documents liés à leur relation individuelle de travail doivent être à nouveau communiqués sous format papier. La communication sous format papier des documents visés au paragraphe précédent prend cours au premier jour du deuxième mois suivant la notification visée à l'alinéa précédent ».

22. Autre trace de la méfiance du législateur vis-à-vis du numérique, les archives électroniques seront sans doute mieux protégées et plus accessibles (en ce compris pour les travailleurs) que leurs homologues en version papier puisque :

« Les documents visés au paragraphe premier qui sont envoyés et archivés sous format électronique sont également envoyés à et archivés auprès d'un prestataire de service d'archivage électronique. Le prestataire de service d'archivage électronique envoie à l'employeur un accusé de réception électronique dans les plus brefs délais. L'accusé de réception électronique mentionne l'identité du travailleur destinataire, la nature du document envoyé et le moment de la réception de ce document.

L'archivage électronique auprès d'un prestataire de service d'archivage électronique est gratuit dans le chef du travailleur et doit - sans préjudice de l'application d'autres dispositions légales, décrets ou réglementaires prescrivant un délai d'archivage plus long - être garanti jusqu'à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la fin du contrat de travail. L'accès du travailleur aux documents archivés est garanti à tout moment. Trois mois avant l'expiration de ce délai, le prestataire de service d'archivage électronique demande par envoi recommandé au travailleur quel est le sort à réserver aux documents archivés. Sur la demande du travailleur, le prestataire de service d'archivage électronique transmet ce document, sous une forme lisible et exploitable, à l'A.S.B.L. SIGEDIS, créée conformément à l'article 12 de l'arrêté royal du 12 juin 2006 portant exécution du Titre III, chapitre II, de la loi du 23 décembre 2005 relative au pacte de solidarité entre les générations, en vue de la reprise du service d'archivage électronique.

Si les fonctionnaires désignés par le Roi le demandent et si l'employeur ne dispose pas d'un propre exemplaire archivé électroniquement du même document susceptible d'être présenté immédiatement, l'employeur doit être en mesure de présenter immédiatement aux fonctionnaires désignés par le Roi le document archivé auprès d'un prestataire de service d'archivage électronique désigné conformément à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, 17<sup>e</sup>, de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail.

Pour l'application du présent article, on entend par "prestataire de service d'archivage électronique" : toute personne physique ou morale qui, à la demande de l'employeur, offre un service de conservation de données électroniques, la conservation de ces données électroniques étant un élément essentiel du service offert.

Le prestataire de service d'archivage électronique doit satisfaire aux conditions relatives à la prestation de services liés à l'archivage électronique qui sont établies en vertu de la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance ».

23. L'article 16 de la loi du 3 juin 2007 portant des dispositions diverses relatives au travail indique que :

« Dans le cadre de la relation individuelle de travail entre employeur et travailleur, les documents suivants peuvent être envoyés et archivés sous format électronique :

- le compte individuel tel que visé à l'article 4, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue de documents sociaux ;
- l'état des prestations du travailleur visé à l'article 9<sup>quater</sup>, alinéa premier, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs ;
- le décompte visé à l'article 15, alinéa premier, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

Par arrêté délibéré en Conseil des ministres et après avis unanime du Conseil national du Travail, le Roi peut autoriser l'envoi et l'archivage électroniques d'autres documents liés à la relation individuelle de travail entre employeur et travailleur.

Une convention collective de travail conclue conformément à la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires peut autoriser l'envoi et l'archivage électronique d'autres documents instaurés par une convention collective de travail et liés à la relation individuelle de travail entre employeur et travailleur. »

Le mécanisme de la possibilité de révoquer l'accord mutuel est prévu de même que les garanties d'archivage (accès du travailleur, gratuité, ...)

#### D. Les communications entre l'employeur et le travailleur par voie électronique

##### 1. Absence de formalisme particulier

24. De manière générale, la loi sur le contrat de travail n'impose pas réellement de formalisme particulier en ce qui concerne la communication entre les parties.

Le fait que l'article 16 de la loi du 3 juin 2007 portant des dispositions diverses relatives au travail dispose que certains documents « peuvent être envoyés et archivés sous format électronique » n'interdit pas, selon nous, que d'autres communications puissent se faire, par exemple, par courrier électronique sachant toutefois que :

- rien n'oblige le travailleur à disposer d'une adresse électronique privée ;
- s'il en dispose, rien ne l'oblige à en faire usage dans le cadre professionnel. À ce sujet, dans le cadre du principe d'exécution de bonne foi des conventions, il nous semble que si le travailleur fait usage de son adresse électronique à des fins professionnelles, il doit pouvoir admettre que l'employeur fasse de même ;

- le travailleur peut toujours révoquer son éventuel accord à une communication par voie électronique ;
- si le travailleur dispose d'une adresse électronique professionnelle et d'un moyen d'y accéder fourni par son employeur, il doit pouvoir prendre connaissance, *durant ses heures de travail* (et non à toutes heures du jour et de la nuit) des messages qui lui sont ainsi envoyés.

Il est évident que, pour des raisons de preuve, l'employeur et le travailleur privilégieront, pour l'envoi des communications importantes (convocation à une audition, envoi d'un certificat, ...) :

- le courrier recommandé ;
- le courrier remis de la main à la main avec accusé de réception ;
- ou le courrier électronique avec demande de confirmation de réception (et si possible, une véritable réponse du destinataire excluant tout doute sur la réception).

##### 2. Emploi des langues

25. On sait du reste qu'il y a des dispositions importantes sur l'emploi des langues en matières sociales. Ces dispositions sont intégralement applicables aux communications électroniques<sup>58</sup>.

##### 3. Modes spécifiques de notification

26. Dans le courant de l'exécution du contrat, les communications entre travailleurs et employeurs ne prennent pas nécessairement de formes particulières, elles peuvent dès lors être faites en utilisant les nouvelles technologies, sous réserve évidemment de question de preuve, par exemple de l'envoi d'un SMS ou d'un mail, mais ce problème n'est pas différent de celui de l'envoi d'un pli simple. Ainsi par exemple, un certificat médical pourrait très bien être adressé par fax<sup>59</sup>, la preuve de cette transmission pouvant se faire par toutes voies de droit<sup>60</sup>.

27. Il arrive toutefois que le contrat de travail exige certains modes de notifications ; ce qui est le cas par exemple pour le préavis. Ainsi, le congé dénué de toutes règles de forme pourrait donc être notifié par voie électronique, sous réserve de la question de sa preuve, alors que le préavis doit être notifié quant à lui normalement par un exploit d'huissier ou par une lettre recommandée. Or, une lettre recommandée suppose que l'expéditeur choisisse un service des postes lui permettant d'obtenir la preuve

58. S. GILSON, « L'emploi des langues dans les communications électroniques en matières sociales », in K. ROSIER (dir.), *op. cit.*, pp. 13 et 14.

59. C. trav. Bruxelles, 6 décembre 2004, *Or.*, 2005, n° 7, p. 3.

60. Cass., 17 septembre 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 43.

de l'envoi de la lettre et de sa remise au destinataire<sup>61</sup>. Il a déjà été jugé par exemple qu'un envoi par Taxipost ne peut pas être considéré comme équivalent à une lettre recommandée<sup>62</sup>. De même, la remise d'un courrier au service Servipost de la bpost n'est pas un courrier recommandé<sup>63</sup>.

28. L'envoi recommandé électronique est défini à l'article 131, 9°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et sa valeur légale à l'article 135, § 2, de la loi du 21 mars 1991 mais le renvoi de cette dernière disposition à la loi du 9 juillet 2001 étant erroné, toute référence au recommandé ayant été supprimée dans la loi de 2001, une incertitude subsiste quant à la valeur légale des procédés de recommandé électronique<sup>64</sup>.

L'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016 du règlement eIDAS garantira enfin la sécurité juridique.

### E. Le traitement des données à caractère personnel dans les relations de travail

29. De par les critères retenus pour son champ d'application et l'essor du numérique, la législation en matière de protection des données devient incontournable.

Cette législation entend protéger, dans certains traitements, toute donnée dès lors qu'elle a trait à une personne physique identifiée ou identifiable. De ce fait, sont également concernées les données relatives au milieu professionnel<sup>65</sup>. Par ailleurs, la législation s'applique à tout traitement de données à caractère personnel automatisé en tout ou en par-

61. C. trav. Bruxelles, 24 décembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 152. On lira avec attention à ce sujet l'intéressant article de O. COENEGRACHTS, (« L'envoi par Taxi-poste sécurisé et l'exigence d'un courrier recommandé à la poste en droit du travail », in *Rev. Dr. U.Lg.*, 2013/2, pp. 141 et s.), qui relève que le 9 juin 2011, le Conseil d'État (*Chron. D.S.*, 2012, p. 451) a rendu un arrêt concernant la formalité de l'endroit par courrier recommandé à la poste, certains actes de procédure imposés par les règles relatives au Conseil d'État. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a examiné les définitions de ce qu'est un envoi recommandé et aux termes d'une analyse *in concreto* des garanties qui sont effectuées, en conclut qu'un envoi avec le service Taxi-Poste Sécurisé constitue un envoi recommandé par la poste. Il conviendrait alors de savoir si le service utilisé garantit forfaitairement contre les risques de perte, de vol ou de détérioration et fournit à l'expéditeur, le cas échéant à sa demande, une preuve de la date du dépôt de l'envoi postal et/ou de sa remise au destinataire. L'auteur relève que vu la multiplication des moyens de communication et leur perfectionnement, il y a lieu de vérifier concrètement si le service utilisé offre les mêmes garanties. Il arrive par exemple à la conclusion que l'envoi par Taxi-Poste Sécurisé pourrait être utilisé en droit du travail.

62. Trib. trav. Bruxelles, 27 février 1989, *J.T.T.*, 1989, p. 288.

63. C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2011, *J.T.T.*, 2012, p. 287.

64. Voy. le n° 28 de la contribution d'Hervé Jacquemin sur ce pt.

65. Cf. E. PLASSCHAERT et J.-A. DELCORDE, « Le traitement des données personnelles des travailleurs », *Or.*, n° spéc. 35 ans, mars 2005, pp. 26 et s.

tie, ainsi qu'à tout traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier<sup>66</sup>. Avec l'avènement de l'utilisation de l'informatique, la loi voit ses cas d'application se multiplier : dès que des données à caractère personnel font l'objet d'un traitement de texte informatique, la loi trouve à s'appliquer. Elle ne s'appliquera pas que dans l'hypothèse où différentes opérations de traitement sur des données à caractère personnel interviennent sans qu'une opération informatique soit faite et sans que les données ne soient incluses dans un fichier papier. Dès que des données à caractère personnel sont traitées, qu'il s'agisse d'un enregistrement, d'une communication ou de la simple conservation de données à caractère personnel, le responsable de ce traitement est tenu de se plier aux conditions prévues par la loi.

30. Pour quelques mois encore, au vu du projet de règlement européen en cours d'adoption, le siège de la matière est la loi transversale du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Le législateur européen n'a, jusqu'à présent, pas adopté de directive européenne spécifique aux traitements de données dans le cadre de la relation de travail<sup>67</sup>. Une réflexion avait cependant été initiée il y a quelques années sur l'opportunité d'adopter une directive spécifique au traitement de données à caractère personnel dans le contexte professionnel. C'est dans ce cadre que le groupe de l'article 29<sup>68</sup> avait rendu un avis sur la question<sup>69</sup> et que la Commission avait lancé une procédure de consultation des partenaires sociaux<sup>70</sup>. Jusqu'à présent, cela n'avait pas débouché sur l'élaboration d'une réglementation particulière. Ceci pourrait toutefois évoluer puisque dans le cadre de la réforme en cours au niveau européen, le projet de règlement européen – qui n'a pas encore été adopté à l'heure où nous finalisons la rédaction de cette contribution et qui est encore suscep-

66. L. du 8 décembre 1992, art. 1, § 1.

67. Au niveau européen, le siège de la matière est donc à l'heure actuelle le droit commun de celle-ci, à savoir la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la circulation des données et la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

68. Il s'agit d'un organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée établi en vertu de l'article 29 de la directive 95/46/CE.

69. Groupe de l'article 29, avis 8/2001, du 13 septembre 2001 sur le traitement de données à caractère personnel dans le contexte professionnel, 5062/01, WP 48, p. 4.

70. La Commission a publié un document intitulé « Deuxième phase de consultation des partenaires sociaux sur la protection des données à caractère personnel des travailleurs », [ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2231&langId=fr](http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2231&langId=fr).

tible d'amendements –, laisse présager un possible essor d'une réglementation particulière en la matière<sup>71</sup>.

31. L'essentiel des questions soulevées par rapport à l'application de cette législation dans le cadre du contexte des relations de travail, l'a été à l'occasion soit de la problématique du contrôle de l'usage de technologies «nouvelles», soit sous l'angle de l'utilisation de telles technologies à des fins de contrôle. Nous y reviendrons. Nous relevons toutefois quelques décisions qui s'ancrent dans un contexte plus large<sup>72</sup>.

Applications:

- concernant la question de la communication de données relatives à un travailleur à des tiers, par un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2011, la cour du travail de Bruxelles<sup>73</sup> a estimé qu'un employeur ne pouvait se prévaloir de la loi du 8 décembre 1992 comme cause de justification pour le non-respect de ses obligations en matière d'affichage et de conservation d'une copie du contrat de travail sur le lieu des prestations, obligations qui s'imposent en cas d'occupation d'un travailleur à temps partiel avec des horaires variables. En l'espèce, l'employeur était une société de nettoyage. La travailleuse concernée prestait chez des clients de son employeur. Ce dernier estimait qu'il ne pouvait se conformer aux obligations précitées sans violer la loi du 8 décembre 1992 dès lors que cela impliquait la communication de données à caractère personnel relatives à la travailleuse à ses clients, alors que ceux-ci étaient des tiers à la relation de travail et n'avaient pas à connaître de ces informations. Le tribunal du travail avait suivi l'employeur en première instance. La cour du travail réformera la décision au motif que la communication de ces données aux clients de l'employeur est un traitement qui peut trouver une cause de justification sociale à l'article 5 de la loi du 8 décembre 1992, notamment au regard des obligations légales de l'employeur qui exigeaient implicitement cette communication dans le présent cas de figure<sup>74</sup>. Elle estime par ailleurs que si la préoccupation de l'employeur de s'assurer de la préservation de ces données contre des accès non autorisés était louable, il pouvait

71. Proposition de règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la circulation des données *Com* (2012) 11 final, art. 82.

72. Ce texte s'inspire et reprend des passages de E. DEGRAVE, K. ROSIER et J.-M. VAN GYSEGHEM, «La vie privée et les technologies dans l'administration, la relation de travail et le domaine de la santé: chronique de jurisprudence 2003-2013», *J.T.*, 2014, n° 6571, pp. 513-523.

73. C. trav. Bruxelles (1<sup>re</sup> ch.), 1<sup>er</sup> avril 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 379.

74. La cour cite également deux autres causes de justification qui pourraient être envisagées: le consentement de la travailleuse (dans le cadre d'un accord à conclure avec celle-ci) et la poursuite d'un intérêt légitime dans le chef de l'employeur sans que ne prévalent l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la travailleuse.

obtenir des garanties en terme de confidentialité par le biais d'un contrat à conclure avec ses clients;

- à propos de l'accès non autorisé à des données à caractère personnel par une employée, la cour du travail de Liège, section de Namur, a rendu un arrêt interpellant dans un litige opposant une caisse d'assurances sociales à une ancienne travailleuse<sup>75</sup>. La travailleuse avait reconnu avoir consulté à plusieurs reprises le registre national auquel elle avait accès dans le cadre de ses fonctions, et ce à des fins privées, suite à quoi elle avait été licenciée pour motif grave. La travailleuse contestait la régularité du congé sur le fond. Au cœur des débats, on retrouve la problématique du respect du secret professionnel mais également celle du respect de la législation relative à la protection des données et, en particulier, de la loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques. La cour relève que l'employeur avait été très explicite sur les règles à respecter par son personnel concernant le caractère confidentiel des données des clients, mais non sur les règles relatives à l'utilisation du registre national. La cour en conclut que l'employeur n'avait pas informé la travailleuse sur les règles d'utilisation du registre national et ne pouvait la sanctionner en la licenciant pour motif grave sans préalablement avoir mis en garde son employée et rappelé les obligations des utilisateurs. Si l'arrêt peut paraître bien sévère à propos des manquements imputés à l'employeur (et notamment eu égard au fait qu'en l'espèce, la travailleuse avait admis qu'elle savait en agissant que la consultation du registre national était interdite), on rappellera que l'article 16 de la loi du 8 décembre 1992 impose au responsable d'un traitement, tel un employeur, d'informer les personnes agissant sous son autorité des dispositions de cette loi et de ses arrêtés d'exécution, ainsi que de toute prescription pertinente relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements des données à caractère personnel, ce qui inclut le cas échéant, les dispositions de la loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques;
- enfin, à propos du traitement de données judiciaires dans le cadre d'un recrutement, dans un litige opposant une société d'intérim à un de ses clients, s'est posée la question de l'obligation de la société d'intérim de vérifier les antécédents judiciaires d'un travailleur placé chez ce client qui était actif dans le secteur bancaire. Le client, victime d'une indécatesse de l'intérimaire, invoquait, devant le tribunal de commerce, un manquement dans le chef de la société d'intérim dès lors qu'une telle vérification aurait permis de constater l'existence d'antécédents judiciaires dans le chef du travailleur concerné. Le tri-

75. C. trav. Liège (13<sup>e</sup> ch., sect. Namur), 10 novembre 2009, inéd., R.G. n° 8.631/2008.

bunal constatera qu'au regard de l'article 8 de la loi du 8 décembre 1992, la société d'intérim ne pouvait traiter ces données judiciaires en l'absence de disposition légale le permettant explicitement pour la fonction à pourvoir<sup>76</sup>.

## Section 2

### L'influence des technologies sur la surveillance du travailleur par l'employeur

#### A. Le droit à la vie privée du travailleur : un obstacle à la surveillance ?

##### 1. Une vie privée au travail<sup>77</sup>

32. Il est acquis que l'affirmation selon laquelle un individu ne peut se prévaloir de son droit au respect de sa vie privée lorsqu'il se trouve sur son lieu de travail n'est plus défendable, de sorte que la distinction entre vie privée et vie professionnelle est sans pertinence dans l'évaluation de l'applicabilité de l'article 8 de la C.E.D.H.<sup>78</sup> Dans son arrêt de principe *Niemietz c. Allemagne*<sup>79</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme indiquait ainsi qu'elle exclut les activités professionnelles de la notion de vie privée emportant une limitation excessive de celle-ci : notant que « le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »<sup>80</sup>, les juges européens reconnurent n'apercevoir « aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la "vie privée" comme excluant les activités professionnelles »<sup>81</sup>, d'autant que « c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur ». Le caractère superficiel de la distinction entre vie privée et vie professionnelle apparaît avec de plus en plus d'acuité dès lors que l'on assiste à un brouillage progressif des fron-

tières spatiales et temporelles entre ces deux sphères, en ce sens que les espaces et temps privés et professionnels ont tendance à se confondre. On assiste en effet à une érosion de la « norme spatio-temporelle classique » dès lors que le travailleur est fréquemment contraint de travailler chez lui et que, dans le même temps, l'activité quotidienne dans l'entreprise n'est plus nécessairement liée au travail.

Depuis lors, la Cour s'est vu offrir de nombreuses occasions de confirmer l'applicabilité de l'article 8 de la Convention dans le monde du travail. Parmi les décisions relatives à la vie privée des travailleurs, on peut notamment mentionner l'arrêt *Halford c. Royaume-Uni* du 25 juin 1997, qui inaugurerait la reconnaissance, par la Cour de Strasbourg, que les appels téléphoniques émanant de locaux professionnels peuvent se trouver compris dans les notions de vie privée et de correspondance au sens de l'article 8 de la Convention<sup>82</sup>. On peut signaler aussi l'important arrêt *Copland c. Royaume-Uni* du 3 avril 2007, par lequel la Cour étendait logiquement cette jurisprudence aux courriers électroniques, et, de manière plus générale, à l'usage d'Internet<sup>83</sup>.

Dans la droite ligne de l'arrêt *Niemietz*, la chambre sociale de la Cour de cassation française indiquait pour la première fois dans son fameux arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001 que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée »<sup>84</sup>. Dans ses conclusions, l'avocat général Kehrig soulignait la nécessité de freiner les pulsions inquisitoriales de certains employeurs, afin d'éviter que l'entreprise ne mette à mal, au nom d'impératifs plus ou moins louables, les droits fondamentaux de ses membres, dont le respect de la vie privée : « s'il est [...] possible à l'employeur [...] de contrôler et surveiller l'activité de ses salariés il ne peut, pour autant, contrôler toute cette activité car la vie professionnelle n'absorbe pas la vie personnelle du salarié qui ne s'interrompt pas totalement une fois franchi le seuil du bureau ou de l'atelier. « L'identité intime » du salarié qui n'est pas seulement un « être de travail » doit en effet être respectée. Même sur les lieux du travail il a droit à une certaine autonomie car l'entreprise ne peut être un espace où l'arbitraire et le pouvoir discrétionnaire s'exercent sans frein, un « terrain d'espionnage » où seraient bafoués les droits fondamentaux. Le tout numérique facilite le contrôle patronal mais une part, résiduelle, certes, mais irréductible de liberté et de vie personnelle doit subsister dans l'entreprise alors, d'ailleurs, que le travail ou les impératifs nés du travail parasitent, plus

76. Comm. Charleroi (2<sup>e</sup> ch.), 17 décembre 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 398.

77. Sur cette question, voy. : S. GILSON, F. LAMBINET et K. ROSIER, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2011.

78. Voy. J.-F. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2005, p. 24.

79. Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992.

80. On parle de « vie privée sociale » (voy. F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENORE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5<sup>e</sup> éd., PUF, p. 485).

81. On parle de « vie privée professionnelle » (voy. J. MOULY, « Vie professionnelle et vie privée : de nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 Conv. EDH », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 279).

82. Cour eur. D.H., arrêt *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, § 44. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Kopp c. Suisse*, 24 mars 1998, § 50 et 16 février 2000, arrêt *Amann c. Suisse*, § 44.

83. Cour eur. D.H., arrêt *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2007, § 41.

84. Cass. soc. fr., 2 octobre 2001, *Chron. D.S.*, 2002, p. 242.

ou moins, cette vie personnelle hors du temps et du lieu de travail »<sup>85</sup>. Dans un arrêt du 19 février 2002, la Cour de cassation belge emboîtait le pas à son homologue française, jugeant que « [l']espace professionnel fait également l'objet de la protection garantie par les articles 8 de la C.E.D.H. et 22 de la Constitution dans la mesure où les activités qui y sont développées revêtent un caractère privé et où la correspondance confidentielle y est préservée »<sup>86</sup>.

Autrement dit, le fait qu'un acte constitutif d'une ingérence dans la vie privée prenne place dans le contexte du travail n'exclut pas la protection de l'article 8. Ainsi en a-t-il été décidé d'une fouille de meubles de bureau<sup>87</sup>, de la prise de connaissance de conversations téléphoniques<sup>88</sup>, de courriers électroniques et des données de connexion à internet<sup>89</sup> ou encore de la surveillance par caméra sur le lieu du travail<sup>90</sup>.

33. Le droit du travail belge ne comporte pas de règles générales consacrées à la vie privée du travailleur mais toute une série de dispositions spécifiques éparpillées qui sont fort complexes à appliquer en commun et qui, par ailleurs, ne permettent pas de régler toutes les questions dès lors qu'une partie de la réglementation se fait par des conventions collectives de travail qui ne s'appliquent pas au secteur public – l'utilisation des conventions collectives de travail n'étant d'ailleurs pas sans poser de problème en termes de légalité et de hiérarchie des sources. Il existe ainsi, parallèlement aux articles 22 de la Constitution<sup>91</sup> et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, une multitude de dispositions – propres ou non au droit social – qui garantissent le droit au respect de la vie privée du travailleur. Il en va ainsi notamment de la loi du 8 décembre 1992 concernant la protection de la vie privée dans le cadre de l'utilisation de données à caractère personnel<sup>92</sup>, de la loi du 30 juin 1994 relative à la

85. Disponibles à l'adresse suivante : [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_sociale\\_576/kehrig\\_avocat\\_7946.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/kehrig_avocat_7946.html).

86. Cass., 19 février 2002, cité in C. trav. Liège, 7 août 2007, R.G. n° 8041/2006.

87. Cour eur. D.H., arrêt *Peev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007, req. n° 64209/01, §§ 37 et s.

88. Cour eur. D.H., arrêt *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, req. n° 20605/92, § 44. Voy. aussi arrêt *Kopp c. Suisse*, 24 mars 1998, req. n° 13/1997/797/1000, § 50 et arrêt *Amann c. Suisse*, 16 février 2000, req. n° 27798/95, § 44.

89. Cour eur. D.H., arrêt *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2007, req. n° 62617/00, § 41.

90. Cour eur. D.H., déc. *Köpke c. Allemagne*, 5 octobre 2010, req. n° 420/07.

91. Sur l'art. 22 de la Constitution et « sa filiation réclamée à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », voy. E. DEGRAVE et Y. POUILLET, « Le droit au respect de la vie privée face aux nouvelles technologies », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED, *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, pp. 1003 et s.

92. E. PLASSCHAERT et J. DELCORDE, « Le traitement et la protection des données personnelles des travailleurs », *Or.*, 2005, numéro spécial, 25-40 ; E. PLASSCHAERT, « La protection des données personnelles dans le cadre du contrôle des prestations de travail », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2005, p. 97 ; S. GILSON, « Introduction, spécificité et enjeu de la protection des données à caractère personnel dans les relations de travail », in *Défis du droit à la protection de la vie pri-*

protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, des dispositions relatives à l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance (loi du 21 mars 2007), de la C.C.T. n° 68 du 16 juin 1998 relative à la surveillance par caméras sur le lieu de travail, de la C.C.T. n° 81 du 26 avril 2002 relative au contrôle de l'utilisation d'internet et des courriels sur le lieu de travail, de la C.C.T. n° 89 du 30 janvier 2007 relative au contrôle d'accès et de sortie des travailleurs ou encore de la C.C.T. n° 100 du 1<sup>er</sup> avril 2009 relative à la mise en œuvre d'une politique préventive en matière d'alcool et de drogues dans l'entreprise, en ce compris les tests de dépistage.

34. Dans tous les domaines qui font l'objet d'une réglementation spécifique en droit belge, à supposer celle-ci conforme aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, il n'y a, en théorie, pas lieu de se référer à cette dernière disposition sauf si elle apporte des garanties supérieures à la norme nationale, vu sa primauté en tant que norme supranationale. Dans les hypothèses où la loi belge ne régit pas spécifiquement une question précise, en revanche, l'article 8 de la C.E.D.H. continue de rester une référence incontournable. C'est le cas par exemple en matière de géolocalisation. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est par ailleurs un guide précieux dans les balances d'intérêts que le juge est souvent amené à opérer en la matière.

## 2. Effet direct et horizontal du droit au respect de la vie privée

### a) Effet direct du droit au respect de la vie privée

35. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer de longue date l'effet direct de l'article 8 de la C.E.D.H. en s'appuyant sur le fait que cette disposition « énonce une norme qui, en règle, est suffisamment précise et complète pour produire des effets directs »<sup>93</sup>. Cet effet direct implique que les citoyens peuvent se prévaloir de cette disposition en l'absence de texte spécifique mais également lorsque les règles nationales en vigueur s'avèrent moins protectrices que l'article 8<sup>94</sup>.

On constate toutefois que nombre de décisions appliquent l'article 8 cumulativement à d'autres dispositions plus précises, voire raisonnent

vée, perspectives du droit européen et nord-américain (M.V. PEREZ ASINARI et P. PALAZZI ed.), Bruxelles, Bruylant, 2008.

93. Cass., 10 mai 1985, *Pas.*, I, p. 1122, [www.cass.be](http://www.cass.be).

94. S. GILSON, F. LAMBINET et K. ROSIER, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, op. cit., p. 22 et réf. citées.



exclusivement en appliquant l'article 8 alors même que de telles règles existent<sup>95</sup>.

#### b) Effet horizontal du droit au respect de la vie privée

36. L'article 8 de la C.E.D.H. a, dans une certaine mesure, un effet «horizontal», en ce sens que les droits et libertés qu'elle reconnaît sont invocables même dans les relations entre particuliers<sup>96</sup>.

L'impact de cet effet horizontal au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme consiste à ce que l'application horizontale de l'article 8 va se traduire par l'obligation, dans certains cas, d'adopter des obligations positives pour assurer le respect de ce droit dans les relations interindividuelles. Dans son arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, la juridiction strasbourgeoise énonce que : «si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux.»<sup>97</sup>.

37. Pour ce qui concerne les juridictions de fond, cet effet horizontal implique qu'elles acceptent d'analyser les ingérences commises éventuellement par un employeur vis-à-vis du travailleur sous le prisme de l'article 8 de la C.E.D.H. et de sanctionner une immixtion dans ce droit sur cette base. La jurisprudence belge reconnaît l'effet horizontal de l'ar-

95. Voy. p. ex. dans le domaine du contrôle des communications électroniques : Trib. trav. Mons (4<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2010, R.G. n° 07/18715/A, [www.cass.be](http://www.cass.be); C. trav. Gand (sect. Bruges, 2<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 366; C. trav. Mons (8<sup>e</sup> ch.), 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, n° 38, 2010, p. 81, note K. ROSIER.

96. Voy. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 2003, pp. 234 et s.

97. Cour eur. D.H., arrêt *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23. Pour un arrêt récent rappelant ce principe et rendu par la grande chambre : Cour eur. D.H., arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne*, 12 juin 2014, req. n° 56030/07, § 114. Voy. aussi V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, «La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé?», *CRIDHO Working Paper*, 2007, n° 3, p. 23, disponible à l'adresse suivante : [http://cridho.cpdrucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO\\_WP\\_2007-3.pdf](http://cridho.cpdrucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO_WP_2007-3.pdf); B. MOUTEL, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français, Essai sur la diffusion de la C.E.D.H. dans les rapports entre personnes privées*, Thèse disponible à l'adresse suivante : <http://epublications.unilim.fr/theses/2006/moutel-beatrice/moutel-beatrice.pdf>; F. RAEPSAET, «Les attentes raisonnables en matière de vie privée», *J.T.*, 2011, n° 1094, p. 148; S. GILSON, F. LAMBINET et K. ROSIER, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, op. cit., pp. 22-24.

ticle 8 de la C.E.D.H.<sup>98</sup>. On épinglera à cet égard l'arrêt du 22 mai 2007 de la cour du travail de Mons qui indiquait ainsi, qu'«[i]l est admis par la doctrine et la jurisprudence que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme est également applicable aux personnes privées, lesquelles ne peuvent s'ingérer dans la vie privée d'autrui que dans le respect des conditions requises dans le chef des autorités publiques»<sup>99</sup>. Dans un arrêt du 9 novembre 2008<sup>100</sup>, la Cour de cassation énonçait dans le cadre d'un litige portant sur l'enregistrement d'une communication à laquelle on est soi-même partie, que «[l]e juge qui apprécie si l'usage est autorisé, est tenu d'inclure dans son jugement le critère de l'attente raisonnable du respect de la vie privée. Ce critère porte notamment sur le contenu et les circonstances dans lesquelles la conversation a eu lieu». La Cour cassera l'arrêt des juges d'appel au motif que ceux-ci n'avaient pas inclus dans leur analyse l'existence d'une violation du droit au respect de la vie privée dans un contexte interindividuel, le critère des attentes raisonnables.

#### B. La tension entre le pouvoir de surveillance de l'employeur et le droit à la vie privée : l'influence des technologies

38. Qu'il soit question de l'usage de l'infrastructure informatique, d'outils de communications électroniques ou encore plus récemment de présence sur les réseaux sociaux, la pénétration de ces technologies dans la sphère de travail a indéniablement nourri la problématique de la conciliation entre droit au respect de la vie privée sur le lieu du travail et l'exercice des prérogatives patronales.

C'est que la question n'est pas simple, en raison de plusieurs facteurs.

39. Tout d'abord, on ne peut considérer *a priori* que le droit au respect de la vie privée devrait supplanter l'exercice de l'autorité patronale ou *vice versa*. Il s'agit de droits tout aussi légitimes de part et d'autre.

98. Voy. à cet égard, F. RAEPSAET, «Les attentes raisonnables en matière de vie privée», *J.T.T.*, 2011, p. 178; C. trav. Mons, 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 177, *R.D.T.I.*, 2008, p. 228, obs. K. ROSIER et S. GILSON; pour des analyses d'ingérence sous l'angle de l'article 8 de la C.E.D.H. voy. égal. : Trib. trav. Mons (4<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2010, R.G. n° 07/18715/A, [www.cass.be](http://www.cass.be); C. trav. Gand (sect. Bruges, 2<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 366; C. trav. Mons (8<sup>e</sup> ch.), 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, n° 38, 2010, p. 81, note K. ROSIER; C. trav. Mons, 22 mai 2007, *R.D.T.I.*, n° 31, 2008, p. 229, note K. ROSIER et S. GILSON; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerr.*, 2005, p. 313; C. trav. Bruxelles, 22 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 218; Trib. trav. Hasselt (1<sup>re</sup> ch.), 21 octobre 2002, *Chron. D.S.*, 2004, p. 197; Trib. trav. Verviers (1<sup>re</sup> ch.), 20 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 183.

99. C. trav. Mons, 22 mai 2007, R.G. n° 20104, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

100. Cass., 9 septembre 2008, R.G. n° P.08.0276.N. Pour un commentaire détaillé de cet arrêt voy. F. RAEPSAET, «Les attentes raisonnables en matière de vie privée», *J.T.*, 2011, n° 1094, pp. 145 et s.

Tout comme il serait inconcevable qu'un travailleur puisse en tout état de cause se prévaloir de son droit au respect de la vie privée pour faire obstacle à toute possibilité de contrôle quant à la bonne exécution de ses prestations de travail, on ne peut pas davantage concevoir que l'exercice de l'autorité patronale conduise à un monitoring permanent des faits et gestes des travailleurs.

40. Ensuite, on constate une perméabilité entre sphère privée et professionnelle. Il devient difficile en pratique de faire la part nette entre ce qui relève de la vie privée et de la vie professionnelle. On pense en particulier à l'usage de l'e-mail par exemple. Le caractère rapide des échanges a sans doute dans certains cas entraîné un changement de style dans la façon dont on l'utilise. Plus informel, il n'est pas rare que son contenu mêle des considérations privées et professionnelles. Ce qui se disait au détour de la machine à café se matérialise souvent dans ces échanges qui, eux, ont un caractère rémanent. De même, toute une partie des liens sociaux qui se nouent entre les travailleurs se traduit à présent dans des échanges par e-mail, et même sur les réseaux sociaux.

41. Évoquons, enfin, l'évolution de la technique et des pratiques. Alors que pendant une décennie l'attention s'est portée sur le contrôle de l'usage des NTIC<sup>101</sup> mises à disposition des travailleurs par l'employeur, on constate à présent l'émergence de nouvelles habitudes telle la pratique du « *Bring your own device*<sup>102</sup> ». On prête aux jeunes travailleurs issus de la génération « Z » ou « cyber-génération » née dans les années '90 et qui a toujours connu internet, une tendance à préférer utiliser leur propre matériel informatique ou de communication plutôt que celui que leur employeur serait prêt à mettre à leur disposition. Cela suscite de nouvelles questions, notamment en termes de sécurité et de maîtrise de cet équipement et de l'information. On doit constater que l'évolution des techniques se nourrit également d'une modification du rapport à la vie privée. Le phénomène de ce qu'on a appelé le « grand dévoilement » sur internet, que ce soit sur des blogs, puis dans les réseaux sociaux, met à mal le présupposé selon lequel les individus souhaitent éviter des indiscretions concernant sur leur vie privée puisqu'ils la mettent en ligne.

## 1. L'examen des ingérences dans la vie privée

42. Si le travailleur bénéficie, même au travail, du droit au respect de sa vie privée, il est légitime que l'employeur s'assure que ses employés exécutent les tâches pour lesquelles il les rémunère avec soin, probité et

101. Nouvelles technologies de l'information et de la communication.

102. En français: PAP, abréviation de « Prenez vos appareils personnels » ou encore AVEC, abréviation de « Apportez votre équipement personnel de communication ».

conscience, au temps, au lieu et conditions convenus, conformément aux ordres et aux instructions qu'ils ont reçus, et dans le respect des convenances et des bonnes mœurs<sup>103</sup>. On peut donc admettre qu'il puisse, à cette fin, contrôler le comportement de son personnel. Ce pouvoir de contrôle sur les travailleurs est en effet inhérent au lien de subordination issu du contrat de travail, qui « consiste en ce que la personne qui prête ses services est, dans l'exécution même de son travail, sous l'autorité, la direction et la surveillance, effectives et en principe permanentes, de celui à qui les services sont prêtés »<sup>104</sup>. Un équilibre est donc à ménager entre, d'une part, le droit du travailleur à la protection de sa vie privée et, de l'autre, les prérogatives légitimes de surveillance de l'employeur. En pratique, la conciliation de ces deux prérogatives antagonistes s'avère relativement malaisée et la délicate balance d'intérêts qu'elle implique aboutit inévitablement à une jurisprudence relativement erratique.

Ces règles de droit fondamental, qui touchent à la vie privée, vont avoir une incidence extrêmement importante qui, n'ayons pas peur des mots, a révolutionné tous les pans du droit du travail belge. Il n'est plus possible, par exemple, aujourd'hui d'envisager des questions de discipline, de surveillance au travail<sup>105</sup> sans l'analyse de ces règles qui vont dans certains cas, parfois, menacer la légalité de certaines dispositions.

Pour être légitime au regard de l'article 8 de la C.E.D.H., une ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit être prévue par la loi, poursuivre l'un des buts légitimes énumérés par la Convention et être proportionnée à ce but. La doctrine soutient à cet égard que la dimension « horizontale » de la C.E.D.H. doit mener la Cour de Strasbourg à repenser son test de légitimité lorsqu'est en cause une relation interindividuelle (et notamment une relation de travail) dans le sens d'une « proportionnalité privatisée », c'est-à-dire d'une mise en balance d'intérêts exclusivement privés, dès lors que la « proportionnalité publique » ne serait pas totalement transposable aux relations privées<sup>106</sup>. D'autres considérations que « la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, ou la protection des droits et libertés d'autrui » seraient ainsi susceptibles de justifier des ingérences « privées » dans la vie privée d'autrui. Il est ainsi admis qu'une restriction à ce droit par l'employeur « n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la

103. Cf. art. 16 et 17 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail.

104. Cass., 12 novembre 1964, [www.cass.be](http://www.cass.be).

105. S. GILSON (dir.), *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, Limal, Anthemis, 2013.

106. V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme: faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *op. cit.*, n° 54.

protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée compte tenu de l'emploi occupé, du travail demandé ou but recherché»<sup>107</sup>.

43. Mais, pour évaluer s'il y a ou non violation du droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, il s'agit d'abord d'apprécier l'existence-même d'une ingérence dans la vie privée de l'intéressé, ce qui n'est pas toujours chose aisée. Dans son arrêt *Peev c. Bulgarie* du 26 juillet 2007, la Cour de Strasbourg a donné quelques indications utiles s'agissant de la portée de la notion de «vie privée» sur le lieu de travail. Observant, en se fondant sur sa jurisprudence antérieure, que pour évaluer si une situation relève de la notion de vie privée il convient d'apprécier si l'individu qui se prétend victime d'une violation de l'article 8 «pouvait raisonnablement croire au caractère privé» de celle-ci<sup>108</sup>, la Cour conclut qu'en l'espèce, le requérant, qui se plaignait d'une perquisition menée sur son lieu de travail, pouvait bel et bien raisonnablement s'attendre à voir respecter sa vie privée «si ce n'est à l'égard de l'ensemble de la pièce, au moins à l'égard du bureau et des meubles de classement qui s'y trouvaient». La Cour précisait que «pareil arrangement est implicite dans les relations employeur-employé ordinaires», ajoutant que «dans les circonstances de l'espèce aucun élément – tels un règlement ou une politique déclarée de l'employeur dissuadant les employés de conserver des documents et effets personnels dans leurs bureaux ou meubles de classement – ne donn[ait] à penser que l'attente du requérant était injustifiée ou déraisonnable», et que «[l]e fait qu[e celui-ci] était employé par une autorité publique et que son bureau se situait dans des locaux de l'État ne change[ait] rien à cette conclusion».

107. Cass. soc. fr., 12 janvier 1999, *Spileers*, Dalloz, 1999, p. 645, note MARGUENAUD et MOULY, *R.T.D.C.*, 1999, p. 395.

108. Cour eur. D.H., *Peev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007, § 38. Elle indique à cet égard : «Dans l'affaire *Halford c. Royaume-Uni* elle a jugé que des appels téléphoniques passés par une femme policier à partir de locaux de la police étaient compris dans la notion de «vie privée» du fait que l'intéressée «pouvait raisonnablement croire au caractère privé» de ces appels (*Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, §§ 44 et 45, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-III). C'est aussi sur la base du critère précité que la Cour a conclu que le fait de filmer secrètement une personne dans les locaux de la police constituait une atteinte à sa vie privée (*Perry c. Royaume-Uni*, n° 63737/00, §§ 36-43, CEDH 2003-IX). La Cour a également fait référence à ce critère dans d'autres affaires (*P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 44787/98, § 57, CEDH 2001-IX; *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, § 58, CEDH 2003-I et *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00, § 51, CEDH 2004-VI). On relèvera encore que, dans l'arrêt *Copland*, la Cour avait constaté que «N'ayant pas été prévenue que ses appels risquaient d'être surveillés, la requérante en l'espèce pouvait raisonnablement croire au caractère privé des appels passés depuis son téléphone professionnel (...). Il en va de même pour ses messages électroniques et ses connexions à des sites Internet» (Cour eur. D.H., *Copland*, 3 avril 2007, § 42). Voy. à cet égard, F. KÉFER et S. CORNELIS, «L'arrêt *Copland* ou l'espérance légitime du travailleur quant au caractère privé de ses communications», *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 785.

## 2. La protection de la vie privée aux différentes phases du contrat de travail

44. Dans la *phase précontractuelle*, la protection de la vie privée vise essentiellement à protéger le travailleur dans le cadre du recrutement. À cet égard, si le travailleur a un devoir de bonne foi et une obligation d'information s'agissant des informations que l'employeur peut légitimement solliciter dans le cadre des entretiens d'embauche – soit celles qui sont «pertinentes et justifiées en raison de la nature et des conditions d'exercice de la fonction»<sup>109</sup> – il a également, dans un certain nombre de cas, un droit au silence, voire même un droit au mensonge, pour éviter un refus d'embauche illégitime<sup>110</sup>. Ainsi, par exemple, on reconnaît à la femme enceinte non seulement le droit de se taire si la question de son état de grossesse lui est posée, sans que l'employeur ne puisse ultérieurement invoquer le dol – l'état de grossesse étant susceptible de donner lieu à un refus d'embauche illégal, soit constitutif de discrimination<sup>111</sup> – mais également le droit de mentir à ce propos<sup>112</sup>, à moins que la candidate ne postule à un emploi impliquant des conditions particulières qui peuvent s'avérer dangereuses pour elle ou pour le fœtus et qui justifient son écartement.

45. Dans le cadre de l'*exécution du contrat de travail*, le problème essentiel qui se pose est évidemment celui de la surveillance du travailleur, qui est rendue plus aigüe par les développements technologiques. Le modèle disciplinaire et de surveillance<sup>113</sup> s'est en effet emparé de ces modifications technologiques, de sorte que l'on est passé d'une société de surveillance à une société de contrôle<sup>114</sup>, contrôle qui vise notamment l'usage de l'outil informatique mis à la disposition du travailleur.

46. Enfin, les faits de la vie privée peuvent constituer un motif de *licenciement* pour motif grave, pour autant qu'ils soient fautifs et qu'ils aient une répercussion sur la relation professionnelle. Différents critères

109. O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée dans la relation de travail*, op. cit., p. 96.

110. *Ibid.*, p. 97.

111. Trib. trav. Gand, 18 mai 1981, *R.W.*, 1981-1982, 1426; voy. aussi : C. trav. Anvers, 25 mai 1990, *Chron. D.S.*, 1995, 223, note H. FUNCK et J. JACQMAIN, *C.J.C.E.*, 8 novembre 1990, *J.T.T.*, 1991, 122.

112. F. LAGASSE, «La vie privée et le droit du travail», *Chron. D.S.*, 1997, pp. 417-435.

113. À ce sujet, voyez S. GILSON (dir.), *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, Limal, Anthemis, 2013.

114. Voy. à cet égard les réflexions faites in K. ROSIER, S. GILSON, «La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et l'influence des réseaux sociaux. L'employeur est-il l'ami du travailleur sur facebook?», in K. ROSIER, *Le droit du travail à l'ère du numérique. Les technologies de l'information et la communication dans les relations de travail*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 439.

ont été dégagés par la jurisprudence à cet égard<sup>115</sup>. Il s'agit notamment de la circonstance que les faits se sont déroulés pendant l'exécution et sur les lieux du travail, qu'ils mettent en cause des collègues, qu'ils ont été commis à l'aide de l'outil de travail, qu'ils sont révélateurs d'une absence d'honorabilité dans le chef d'un travailleur qui assume des fonctions particulières ou qu'ils sont entourés d'une publicité néfaste portant atteinte à l'employeur.

### C. La recherche d'un équilibre

47. La recherche d'un équilibre entre droit au respect de la vie privée et exercice des prérogatives patronales intervient au travers de différents instruments de régulation.

48. Des dispositions les plus générales – l'article 8 de la C.E.D.H. – ou transversales – cf. celles de la loi du 8 décembre 1992 évoquée *supra* –, le cadre légal compte également des dispositions tout à fait spécifiques. Ainsi, les articles 124 et 125 de la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques ne s'appliquent-ils qu'aux communications électroniques.

L'article 124 précité interdit à un tiers (tel l'employeur, le collègue) de prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques relatives à une autre personne ou de révéler ou de faire un usage quelconque de l'information, de l'identification et des données obtenues intentionnellement ou non, sauf moyennant l'autorisation de toutes les autres personnes directement ou indirectement concernées par l'information. Le contenu du courrier électronique est également protégé par les articles 134bis et 259bis du Code pénal, qui n'ont pas été abrogés lors de l'adoption de la loi du 13 juin 2005. Toutefois, cette protection n'intervient que pendant la transmission et ces dispositions ont donc une pertinence limitée dès lors que les contrôles interviennent généralement postérieurement à la transmission<sup>116</sup>. L'article 124 précité et les articles 134bis et 259bis du Code pénal n'opèrent aucune distinction selon que les communications sont privées ou professionnelles : toutes les communications qui ne sont pas publiques sont protégées.

115. Voy. à ce sujet : S. GILSON, « Motif grave et bonnes mœurs », in S. GILSON (dir.), *Le congé pour motif grave. Notions, évolutions, questions spéciales*, Limal, Anthemis, 2011, p. 305.

116. Pour des applications de ce principe, voy. : C. trav. Anvers (sect. Hasselt), 2 septembre 2008, inéd., R.G. n° 2070230 ; C. trav. Anvers (sect. Anvers), 8 janvier 2003, *Chron. D.S.*, 2003, p. 193, *R.W.*, 2005-2006, p. 391 ; Trib. trav. Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.), 16 septembre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 61.

Ces dispositions ne prévoient pas d'exceptions propres au contexte de la relation de travail. Il en découle un malaise puisque, appliquée strictement, cette réglementation apparaît inappropriée au monde de l'entreprise dès lors que sa formulation tout à fait générale fait obstacle non seulement à la prise de connaissance de courriers électroniques professionnels mais également au simple « stockage » de ceux-ci sur l'infrastructure d'un tiers à la communication (ce qui est techniquement inévitable)<sup>117</sup>.

49. La multiplication de normes régissant ces questions, normes souvent fort complexes, explique une jurisprudence très hétérogène qui omet bien souvent un contrôle de légalité à l'aune de toutes les dispositions (notamment de la loi du 8 décembre 1992<sup>118</sup>). On y retrouve plus fréquemment un contrôle, à la lumière de l'article 8 de la C.E.D.H., de légalité, de proportionnalité et de finalité nonobstant l'existence des normes nationales précitées<sup>120</sup>.

50. Il convient toutefois de pointer l'existence de deux conventions collectives de travail qui ont été adoptées par les partenaires sociaux et qui prévoient la possibilité d'un contrôle en prenant en compte ces trois principes. La régulation de ces contrôles par le biais d'une C.C.T. pose question sur le plan de la hiérarchie des normes. Il est permis de s'interroger sur l'opportunité d'avoir autorisé (et limité) des ingérences à la vie privée par le biais de conventions collectives de travail alors que l'on sait que tant l'article 22 de la Constitution que l'article 8 de la Convention européenne

117. Voy. l'article 124 et son alinéa 4 :

« S'il n'y est pas autorisé par toutes les personnes directement ou indirectement concernées, nul ne peut :

1° prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement ;

2° identifier intentionnellement les personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu ;

3° sans préjudice de l'application des articles 122 et 123 prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne ;

4° modifier, supprimer, révéler, stocker ou faire un usage quelconque de l'information, de l'identification ou des données obtenues intentionnellement ou non ».

118. Voy. toutefois Trib. trav. Liège (10<sup>e</sup> ch.), 24 février 2005, inéd., R.G. n° 327.207 ; C. trav. Bruxelles, 8 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2005, p. 208.

119. Voy. not. à cet égard : K. ROSIER, « Droit social : contrôle de l'usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail », *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 126-140.

120. Trib. trav. Hasselt (1<sup>re</sup> ch.), 21 octobre 2002, *Chron. D.S.*, 2004, p. 197 ; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerr.*, 2005, p. 313 ; C. trav. Bruxelles, 22 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 218 ; C. trav. Mons (8<sup>e</sup> ch.), 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, n° 38, 2010, p. 81, note K. ROSIER ; Trib. trav. Mons (4<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2010, R.G. n° 07/18715/A, *www.cass.be* ; C. trav. Mons (8<sup>e</sup> ch.), 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, n° 38, 2010, p. 81, note K. ROSIER ; C. trav. Mons (8<sup>e</sup> ch.), 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note O. RUCKAERT ; C. trav. Gand (sect. Bruges, 2<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 366.

des droits de l'homme exigent que les ingérences dans la vie privée aient une *base légale*. S'il a été relevé qu'au sens de l'article 8 de la C.E.D.H. le terme « loi » peut désigner toute « norme de droit interne, écrite ou non pour autant que celle-ci soit accessible et prévisible »<sup>121</sup>, il est souligné, par contre que la Constitution exige un acte qui émane du pouvoir législatif<sup>122</sup>. Les obligations qui naissent de conventions collectives de travail sont donc, en théorie, critiquables<sup>123</sup>.

Ceci dit, force est de constater que ces C.C.T. offrent un cadre un peu plus balisé de ce qui est considéré comme contrôle admissible au sein d'une entreprise, compte tenu des droits et intérêts respectifs des tra-

121. J.-F. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, p. 29.

122. E. DEGRAVE, « L'article 22 de la Constitution et les traitements de données à caractère personnel », *J.T.*, 2009, p. 366; B. DOQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 105; J.-F. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, p. 30. Désireux de contourner l'obstacle, certains estiment que lorsqu'il n'y a pas de norme spéciale, il serait possible de se fonder sur le principe général d'autorité de l'employeur sur le travailleur concrétisé par l'article 17, 2°, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (Voy. p. ex. T. CLAEYS, « L'utilisation des nouvelles technologies et de l'e-mail durant le contrat de travail, la notion de faute et son évolution dans l'exécution du contrat de travail », *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2001, p. 265). Il n'est pas exclu qu'une telle interprétation puisse être retenue, pour certaines ingérences si on se place sous l'angle de l'article 8 de la C.E.D.H. quoique alors le problème pourrait se poser plutôt en terme de prévisibilité lorsque la norme est très vague. Par contre, il est inutile de rappeler qu'une norme d'une telle généralité ne saurait suffire aux critères de l'article 22 de la Constitution. Un contrat de travail ou un règlement de travail sont certainement plus précis mais se heurteraient tout autant à l'exigence de légalité qui, selon la Cour constitutionnelle implique « que les règles soient adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue » (voy. not. C.A., 19 juillet 2005, n° 131/2005, [www.courconstitutionnelle.be](http://www.courconstitutionnelle.be)). Plus récemment, la Commission a considéré que les dispositions de la loi du 3 juillet 1978 qui impliquent l'existence d'un droit de contrôle de l'employeur combinées avec les dispositions de la C.C.T. n° 81 constituent une loi suffisamment précise autorisant la prise de connaissance des communications électroniques au sens de l'article 125, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 13 juin 2005 (Commission de la protection de la vie privée, rapport juridique en vue d'adresser aux partenaires sociaux, aux organes de concertation qu'ils constituent et de manière générale à tous les employeurs et travailleurs, des recommandations visant à concilier les prérogatives de l'employeur avec la protection des données à caractère personnel des travailleurs ou de tiers lors de l'utilisation, de la surveillance et du contrôle des outils informatiques de communication électronique dans le cadre de la relation de travail, 2012, [www.privacycommission.be](http://www.privacycommission.be), p. 24).

123. Voy. à ce sujet J.-F. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, pp. 34 et s.; P. JOASSART, « Le droit à la vie privée dans les relations de travail », in *Vie privée au travail*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 152-153. O. Rijckaert et N. Lambert estiment, en conséquence que « compte tenu de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle les C.C.T. adoptées au sein du C.N.T. et rendues obligatoires par arrêté royal ne pouvaient prévoir d'ingérence dans la vie privée des travailleurs. Les cours et tribunaux pourraient donc refuser de les appliquer sur le pied de l'article 159 de la Constitution » (O. RUCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée dans la relation de travail*, *op. cit.*, p. 27).

vailleurs et employeurs. C'est d'ailleurs ce que pointe la Commission de la protection de la vie privée dans les documents élaborés à l'occasion de sa recommandation 2012/08<sup>124</sup>. Elle estime que les directives issues de la C.C.T. n° 81 permettent de comprendre ce qui correspond à un exercice normal de l'autorité patronale en matière de surveillance des e-mails et de connections internet<sup>125</sup>.

Les C.C.T. n°s 68<sup>126</sup> et 81<sup>127</sup> vont effectivement définir les finalités pour lesquelles respectivement un système de vidéosurveillance peut être installé ou une politique de contrôle des données de communication électronique peut être mise en œuvre au sein d'une entreprise. Ces C.C.T. vont donc limiter, pour les employeurs liés par celles-ci, les finalités admissibles de ces systèmes de surveillance.

Ceci dit, certains contrôles en matière de NTIC sont à ce jour régis uniquement pas l'article 8 C.E.D.H. et la loi du 8 décembre 1992. Nous pensons en particulier à la géolocalisation<sup>128</sup> et au contrôle du disque dur ou d'autres supports de stockage de données (clés USB, CD-ROM<sup>129</sup>).

51. Dans la suite de la présente contribution, nous allons revenir sur les trois principes clés qui sont appliqués pour vérifier la régularité des contrôles et qui ont déjà été évoqués : légalité ou transparence, finalité et proportionnalité.

À ce stade, nous souhaitons toutefois épingler une question particulière, celle du *consentement*, qui se pose en lien avec les deux premiers critères. Les textes susmentionnés convergent pour impliquer une information préalable à donner aux personnes susceptibles de faire l'objet

124. Commission de la protection de la vie privée, recommandation 2012/08 d'initiative relative au contrôle de l'employeur quant à l'utilisation des outils de communication électronique sur le lieu de travail, 2 mai 2012, [www.privacycommission.be](http://www.privacycommission.be).

125. Commission de la protection de la vie privée, rapport juridique en vue d'adresser aux partenaires sociaux, aux organes de concertation qu'ils constituent et de manière générale à tous les employeurs et travailleurs, des recommandations visant à concilier les prérogatives de l'employeur avec la protection des données à caractère personnel des travailleurs ou de tiers lors de l'utilisation, de la surveillance et du contrôle des outils informatiques de communication électronique dans le cadre de la relation de travail, 2012, [www.privacycommission.be](http://www.privacycommission.be), p. 24.

126. Convention conclue le 16 juin 1998 au sein du Conseil national du travail, relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméras sur le lieu du travail et rendue obligatoire par arrêté royal du 20 septembre 1998.

127. Convention collective de travail relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau, adoptée le 26 avril 2002 et rendue obligatoire par arrêté royal du 12 juin 2002, *M.B.*, 26 janvier 2002, p. 29489.

128. Pour un cas d'espèce, voy. : C. trav. Gand, 14 octobre 2011, *J.T.T.*, 2012, p. 190, *Or.*, 2012 (reflet I. Plets), liv. 2, 32, *Or.*, 2012 (reflet I. Plets), liv. 2, p. 6.

129. Pour un cas d'espèce, voy. : C. trav. Liège (9<sup>e</sup> ch.), 20 septembre 2010, R.G. n° 2007/AL/34.907, [www.cass.be](http://www.cass.be), *Or.*, n° 9, 2010, note B. PATERNOSTRE, p. 27, *J.L.M.B.*, 40/2010, p. 1899.

d'un contrôle dans le cadre de l'exigence de légalité ou de transparence. La bonne pratique vise donc à fournir cette information par écrit, afin de se ménager une preuve de l'exécution de cette formalité. Dans le même temps, l'employeur pourrait être tenté d'obtenir un accord écrit pour la mise en œuvre des contrôles afin de pouvoir invoquer la légitimité de ceux-ci. Nous n'évoquons pas ici le consentement posé comme une exigence par l'article 124 de la loi du 13 juin 2006. C'est le consentement comme base de légitimité qui retiendra l'attention. La Commission de la protection de la vie privée a souligné à plusieurs reprises que la réalité d'un consentement libre dans le cadre d'une relation d'autorité entre l'employeur et l'employé n'est pas évidente et qu'il appartient à l'employeur de garantir la liberté du consentement de l'employé<sup>130</sup>. On constate cette même tendance au niveau européen, notamment de ce qui résulte de la proposition de règlement européen sur la protection des données. Dans son considérant 34, la proposition de règlement européen énonce en effet que: « Consent should not provide a valid legal ground for the processing of personal data, where there is a clear imbalance between the data subject and the controller. This is especially the case where the data subject is in a situation of dependence from the controller, among others, where personal data are processed by the employer of employees' personal data in the employment context<sup>131</sup> »<sup>132</sup>. On en déduira qu'il faut donc pouvoir fonder un contrôle sur une finalité légitime, à apprécier en fonction du contexte concret, et ne pas tenter de se « couvrir » par le consentement du travailleur.

130. Commission de la protection de la vie privée, recommandation n° 01/2002 du 22 août 2002 de la Commission de la protection de la vie privée relative à l'enregistrement des télécommunications effectuées dans le cadre des services bancaires, [www.privacycommission.be](http://www.privacycommission.be); Commission de la protection de la vie privée, avis d'initiative n° 02/2004 relatif aux badges d'identification sur lesquels figurent le nom et/ou la photo du détenteur du badge, 26 février 2004, [www.privacycommission.be](http://www.privacycommission.be); Commission de la protection de la vie privée, rapport juridique en vue d'adresser aux partenaires sociaux, aux organes de concertation qu'ils constituent et de manière générale à tous les employeurs et travailleurs, des recommandations visant à concilier les prérogatives de l'employeur avec la protection des données à caractère personnel des travailleurs ou de tiers lors de l'utilisation, de la surveillance et du contrôle des outils informatiques de communication électronique dans le cadre de la relation de travail, 2012, [www.privacycommission.be](http://www.privacycommission.be), p. 12.

131. Traduction libre: « Le consentement ne devrait pas constituer un fondement juridique valable pour le traitement de données à caractère personnel lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable de traitement, surtout lorsque la première se trouve dans une situation de dépendance vis-à-vis du second, notamment lorsque les données à caractère personnel concernent le salarié et sont traitées par son employeur dans le cadre de leur relation de travail ».

132. Proposition de règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la circulation des données *Com* (2012) 11 final.

52. En matière de conciliation entre droit au respect de la vie privée et exercice des prérogatives patronales, on constate donc qu'on ne peut se départir d'une appréciation au cas par cas. Pour cette raison, il nous paraît opportun de nous pencher sur l'analyse des trois principes clés issus de l'article 8 de la C.E.D.H. et que l'on retrouve dans la loi du 8 décembre 1992 et dans les C.C.T. n°s 68 et 81. Avant de procéder à cet examen, il nous paraît utile de resituer la portée du droit au respect de la vie privée pour mieux appréhender comment intervient l'appréciation de ces trois critères.

#### D. Examen des principes clés<sup>133</sup>

53. L'article 8 de la C.E.D.H.<sup>134</sup> stipule:

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Ainsi, le droit au respect de la vie privée n'est-il pas absolu dans le sens où tout acte d'ingérence n'est pas forcément inadmissible. Une ingérence peut, le cas échéant, être admise à l'aune de trois critères: le critère de légalité, de légitimité et de proportionnalité.

#### 1. Existence d'une ingérence

54. L'analyse d'une situation sous l'angle de l'article 8 de la C.E.D.H. passe par la détermination de l'existence ou non d'une ingérence. Un des critères mobilisés par la Cour européenne des droits de l'homme est celui des attentes raisonnables<sup>135</sup>.

133. L'analyse qui suit est également développée dans une contribution à paraître chez l'éditeur Politeia (K. ROSIER, « Vie privée et surveillance des travailleurs », in *Vie privée et données à caractère personnel*, Bruxelles, Politeia).

134. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été adoptée le 4 novembre 1950 par le Conseil de l'Europe et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953 (ratifiée par la Belgique le 14 juin 1955, elle a fait l'objet d'une loi d'approbation du 13 mai 1955 (*M.B.*, 19 août 1955; *Errat.*, *M.B.*, 29 juin 1961), entrée en vigueur le 19 août 1955). Cour eur. D.H., déc. *Köpke c. Allemagne*, 5 octobre 2010, req. n° 420/07.

135. Voy. la décision *Köpke* de la Cour européenne des droits de l'homme qui précise à cet égard que ce critère est un facteur d'appréciation mais qu'il n'est pas nécessairement déterminant (Cour eur. D.H., déc. *Köpke c. Allemagne*, 5 octobre 2010, req. n° 420/07).

## Applications:

- dans son arrêt *Halford* précité, la Cour constate que: « Pour la Cour, il ressort clairement de sa jurisprudence que les appels téléphoniques émanant de locaux professionnels, tout comme ceux provenant du domicile, peuvent se trouver compris dans les notions de « vie privée » et de « correspondance » visées à l'article 8, § 1 (art. 8-1) (voir l'arrêt *Klass et autres* précité, loc. cit., l'arrêt *Malone c. Royaume-Uni* du 2 août 1984, série A n° 82, p. 30, § 64, l'arrêt *Huvig* précité, loc. cit., et, mutatis mutandis, l'arrêt *Niemietz* précité, pp. 33-35, §§ 29-33). Rien ne prouve que M<sup>me</sup> Halford ait été prévenue, en qualité d'utilisatrice du réseau interne de télécommunications mis en place dans les locaux de la police de Merseyside, que les appels passés sur ce système étaient susceptibles d'être interceptés. La Cour estime qu'elle pouvait raisonnablement croire au caractère privé de ce type d'appels, attente qu'un certain nombre de facteurs viennent renforcer: en sa qualité de contrôleur général, elle disposait d'un bureau réservé à son usage, équipé de deux téléphones, dont un spécialement destiné à ses communications privées. De plus, en réponse à un mémorandum de sa part, elle avait reçu l'assurance qu'elle pouvait se servir de ses téléphones de bureau dans le cadre de la procédure qu'elle avait intentée pour discrimination fondée sur le sexe »<sup>136</sup>;
- cette jurisprudence inspirera également la Cour dans un arrêt *Peev* précité concernant la perquisition d'un bureau. La Cour y énoncera que « [...] La situation en cause en l'espèce doit [...] être appréciée à l'aide du critère selon lequel l'intéressé pouvait raisonnablement s'attendre à voir respecter sa vie privée. De l'avis de la Cour, le requérant avait bel et bien une telle attente, si ce n'est à l'égard de l'ensemble de la pièce, au moins à l'égard du bureau et des meubles de classement qui s'y trouvaient. En témoigne le grand nombre d'effets personnels qu'il y conservait. De plus, pareil arrangement est implicite dans les relations employeur-employé ordinaires, et dans les circonstances de l'espèce aucun élément – tels un règlement ou une politique déclarée de l'employeur dissuadant les employés de conserver des documents et effets personnels dans leurs bureaux ou meubles de classement – ne donne à penser que l'attente du requérant était injustifiée ou déraisonnable. Le fait qu'il était employé par une autorité publique et que son bureau se situait dans des locaux de l'État ne change rien à cette conclusion, surtout si l'on considère que le requérant n'était pas un procureur mais un expert en criminologie employé par le parquet. Dès lors, une perquisition étendue à son bureau et à

ses meubles de classement doit être considérée comme une ingérence dans sa vie privée »<sup>137</sup>;

- dans l'arrêt *Köpke*, la Cour raisonne à propos d'une surveillance par caméra cachée. Elle rappelle que la notion de vie privée s'étend aux aspects relatifs à l'identité personnelle, telle que le nom ou l'image d'une personne. Selon la Cour, le traitement et l'enregistrement systématique de données vidéo peut impliquer une violation de la vie privée et la Cour constate qu'en l'espèce la travailleuse n'avait pas été prévenue de cet enregistrement, de sorte qu'elle conclut à l'existence d'une ingérence<sup>138</sup>.

L'examen mêle donc à la fois, outre la question de la preuve des actes reprochés, le caractère potentiellement attentatoire à la vie privée et les attentes raisonnables de la personne concernée.

Il est à noter que le critère selon lequel l'intéressé pouvait « raisonnablement s'attendre » à voir respecter sa vie privée a également été reconnu par la Cour de cassation dans un arrêt du 9 septembre 2008<sup>139</sup>.

## 2. Admissibilité d'une ingérence

## a) Principe de légalité

55. L'ingérence doit tout d'abord être prévue par une « loi » qui soit suffisamment précise, claire, accessible et prévisible<sup>140</sup>. Cette exigence traduit le principe de légalité. Pour l'application dudit article 8, le terme « loi » désigne toute norme de droit interne, écrite ou non, pour autant que celle-ci soit accessible aux personnes concernées et soit énoncée de manière précise<sup>141</sup>. Dans plusieurs arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme énonce que « l'expression "prévue par la loi" implique – et cela ressort de l'objet et du but de l'article 8 – que le droit interne doit offrir une certaine protection contre les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1<sup>er</sup> » et précise qu'il en va d'autant plus ainsi lorsque sont adoptées des mesures de surveillance sans contrôle public, avec un risque d'abus de pouvoir<sup>142</sup>. La Cour précise encore que « [c]ette expression non seulement impose le respect

136. Cour eur. D.H., arrêt *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, req. n° 20605/92, §§ 44-45; dans le même sens: Cour eur. D.H., arrêt *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 200, req. n° 62617/00, § 42.

137. Cour eur. D.H., arrêt *Peev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007, req. n° 64209/01, § 39.

138. Cour eur. D.H., déc. *Köpke c. Allemagne*, 5 octobre 2010, req. n° 420/07.

139. Cass., 9 septembre 2008, R.G. n° P.08.0276.N, www.cass.be. Pour un commentaire détaillé de cet arrêt, voy. F. RAEPSAET, « Les attentes raisonnables en matière de vie privée », J.T., 2011, n° 1094, pp. 145 et s. Voy. aussi C. trav. Bruxelles, 2 mai 2011, R.G. n° 2009/AB/52260 disponible à l'adresse: [http://www.terralaboris.be/spip/IMG\\_CTFB\\_2011\\_05\\_02\\_2009\\_AB\\_52260.pdf](http://www.terralaboris.be/spip/IMG_CTFB_2011_05_02_2009_AB_52260.pdf).

140. Not.: Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times*, 26 avril 1979, Série A, n° 30, § 49.

141. Cass., 2 mai 1990, J.T., 1990, p. 469.

142. Cour eur. D.H., arrêt *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, req. n° 20605/92, § 49.

du droit interne, mais concerne aussi la qualité de la loi, qui doit être conforme aux principes caractérisant l'État de droit»<sup>143</sup>.

S'est ainsi posée la question de savoir si l'article 17, 1° et 2° de la loi sur les contrats de travail est susceptible de constituer une base légale suffisante résistant à l'exigence de légalité susmentionnée. La doctrine et la jurisprudence restent divisées à ce sujet. Nous pensons qu'il convient de répondre par la négative à cette question dès lors que la norme ne rencontrera pas le degré de prévisibilité requis<sup>144</sup>;

L'arrêt *Copland* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme nous conforte dans cette opinion<sup>145</sup>. Dans cet arrêt évoqué ci-avant et rendu dans le cadre d'un litige portant sur le contrôle des e-mails et de l'usage de l'internet par un travailleuse, la Cour eut à vérifier dans quelle mesure l'établissement scolaire qui l'employait était fondé à invoquer l'existence d'un pouvoir octroyé par la loi l'autorisant à prendre tout mesure nécessaire ou opportune à ses activités pour justifier la violation de la vie privée constatée par la Cour. La Cour a précisé qu'aux termes de la jurisprudence en la matière, il est exigé que la loi en question énonce de façon suffisamment claire les circonstances et conditions dans lesquelles l'autorité publique est à même de prendre des mesures susceptibles de porter atteinte à la vie privée des personnes concernées, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Il nous apparaît que la loi du 3 juillet 1978 n'est pas suffisamment précise pour justifier des contrôles concernant l'utilisation des outils de communications électroniques et ne répond pas à l'exigence de prévisibilité. Dans sa décision *Köpke*, la Cour européenne des droits de l'homme se penche sur la question de l'obligation positive des États pour garantir le droit au respect de la vie privée dans les relations entre individus. La Cour a constaté que, dans certaines circonstances, l'obligation positive de l'État en vertu de l'article 8 est seulement suffisamment respectée si l'État préserve le respect de la vie privée dans les relations des individus entre eux par des dispositions législatives prévoyant un cadre permettant de concilier les différents intérêts qui sont en concurrence pour la protection dans le contexte concerné<sup>146</sup>.

Ceci étant, au regard de l'article 8 de la C.E.D.H., la norme requise ne doit donc pas nécessairement être une loi au sens formel du terme mais peut parfaitement consister en une norme privée<sup>147</sup>, tels par exemple un règlement de travail<sup>148</sup>, le contrat de travail, une charte d'utilisation de l'e-mail et de l'internet<sup>149</sup>. Comme le pointe H. Barth, «il suffit que l'ingérence soit prévue dans une règle claire et précise accessible au travailleur, de façon qu'il puisse prévoir les suites et adapter son comportement de travail ou même une fiche d'instruction peut déjà satisfaire à cette condition»<sup>150</sup>.

Ainsi, la jurisprudence belge a déjà eu l'occasion de consacrer ce principe dans le cadre d'une analyse des conditions dans lesquelles pouvait intervenir un contrôle des e-mails du travailleur<sup>151</sup>. Ce principe de légalité se confond alors en pratique avec une exigence de transparence, d'information préalable donnée aux travailleurs que ce soit par le biais du règlement de travail ou d'une IT policy, par exemple. On retrouve d'ailleurs cette exigence d'information préalable dans la loi du 8 décembre 1992 et dans les C.C.T. nos 68 et 81 relatives respectivement à la vidéosurveillance et aux contrôles des données de communications électroniques.

#### Principe de transparence appliqué par les juridictions belges:

- Dans un arrêt du 8 avril 2003, la Cour du travail de Bruxelles s'appuie sur la loi du 8 décembre 1992 pour considérer un contrôle comme étant irrégulier<sup>152</sup>. L'employeur faisait valoir que c'était tout à fait fortuitement, lors d'une intervention technique suite à un encombre-

143. Cour eur. D.H., arrêt *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2000, req. n° 62617/00, § 45.

144. Sur cette question, voy. S. VAN WASSENHOVE, «Le respect de la vie privée dans l'usage des nouvelles technologies», in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales* (J.-F. LECLERCQ dir.), Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2005, p. 143; O. MORENO et S. VAN KÖKENBEEK, «Les mutations de la vie privée au travail», *Or.*, n° 35, 2005, p. 17; F. KEFER et P. MAISEITI, «La vie personnelle du salarié», in *Les droits de la personnalité*, Documents du X<sup>e</sup> colloque de l'association famille et droit, U.C.L., 30 novembre 2007, pp. 5 et 6.

145. Cour eur. D.H., arrêt *Hafford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, req. n° 20605/92, § 49; Cour eur. D.H., arrêt *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2000, req. n° 62617/00, § 45.

146. Cour eur. D.H., déc. *Köpke c. Allemagne*, 5 octobre 2010, req. n° 420/07.

147. Th. CLAEYS et D. DEJONGHE, «Gebruik van e-mail en internet op de werkplaats en controle door de werkgever», *J.T.T.*, 2001, p. 121; Trib. trav. Hasselt, 21 octobre 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 197; S. VAN WASSENHOVE, M. DE LEERSNYDER et G. CHUFFART, *Nouvelles technologies et leur impact sur le droit du travail*, Bruxelles, Heule, 2003, p. 46; P. JOASSART, «Le droit à la vie privée dans les relations de travail: quelques conclusions», in *La vie privée au travail* (M. VERDUSSEN dir.), Limal, Anthémis, 2011, p. 153; F. LAMBINET, «La surveillance et la condition de légalité à l'aune de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 319.

148. J.-F. NEVEN, «Les principes généraux: les dispositions internationales et constitutionnelles», *op. cit.*, p. 47; E. CARLIER et G. ALBERT, «L'instauration d'un plan de sécurité dans l'entreprise et le droit au respect de la vie privée», in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, *loc. cit.*, p. 2001; H. BARTH, «Contrôle de l'employeur de l'utilisation privée que font les travailleurs des nouvelles technologies de l'information et de la communication au lieu de travail», *J.T.T.*, 2002, p. 173. En ce sens, voy. égal.: C. trav. Bruxelles, 3 mai 2006, R.G. n° 45.922, [www.cass.be](http://www.cass.be).

149. F. LAMBINET, «La surveillance et la condition de légalité à l'aune de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 319.

150. H. BARTH, «Contrôle de l'employeur de l'utilisation privée que font les travailleurs des nouvelles technologies de l'information et de communication au lieu de travail», *J.T.T.*, 2002, p. 173.

151. Voy. not.: C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerr.*, 2005, p. 313; C. trav. Mons (8<sup>e</sup> ch.), 25 novembre 2009, *R.D.T.J.*, n° 38, 2010, p. 81, note K. ROSIER; C. trav. Mons (4<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2010, R.G. n° 07/18715/A, [www.cass.be](http://www.cass.be).

152. C. trav. Bruxelles, 8 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2005, p. 208.



ment du réseau, qu'il avait mis en évidence une consultation anormalement élevée de sites internet dans le chef d'un travailleur. La cour fit remarquer qu'à partir du moment où les données de connexion à l'internet avaient été mises en évidence – à quelque occasion que ce soit –, l'analyse des données s'assimilait à un traitement de données à caractère personnel et qu'en l'absence d'information préalable, ce traitement était irrégulier<sup>153</sup>. Dans le même sens, le tribunal du travail d'Audenerde conclut, dans une décision du 3 février 2009, au non-respect de la C.C.T. n° 81 du fait de l'absence de preuve d'une information préalable concernant tant les règles d'utilisation de ces outils de travail, que les modalités de contrôles effectués par l'employeur<sup>154</sup>;

- Il a également été jugé que le simple fait que la messagerie électronique du travailleur soit accessible à l'employeur ne permet pas de considérer que le contrôle répond à la condition de transparence qui requiert, aux termes de la C.C.T. n° 81, une véritable information dans le chef de l'employeur quant aux finalités de contrôle<sup>155</sup>.

#### b) Principe de finalité

56. Du libellé de l'alinéa 2 de l'article 8 de la C.E.D.H. se déduit également un *principe de finalité* aux termes duquel l'ingérence doit, en outre, poursuivre un des buts légitimes qui y sont limitativement énoncés. Ainsi, une ingérence peut-elle éventuellement être justifiée lorsqu'elle vise à prévenir une infraction pénale (vol, pédophilie, abus de confiance, ...), la protection des droits et libertés d'autrui (respect des instructions de l'employeur, protection contre le harcèlement, ...) ou encore le respect de la morale (respect des bonnes mœurs...).<sup>156</sup>

Ces finalités sont à l'origine énoncées dans le cadre de rapports entre les autorités publiques et les citoyens. Il faut les transposer aux relations interindividuelles.

153. Dans le même sens : C. trav. Bruxelles, 13 septembre 2005, *Computerr.*, 2006, p. 100; C. trav. Mons (8<sup>e</sup> ch.), 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note O. RUCKAERT.

154. Trib. trav. Audenerde (1<sup>re</sup> ch.), 3 février 2009, *Chron. D.S.*, 2010, p. 396. Voy. égal. l'arrêt de la cour du travail d'Anvers qui stigmatise l'absence d'informations collective et individuelle concernant l'existence et les modalités d'une procédure de contrôle qui trouvent à s'appliquer même dans une entreprise de petite taille (C. trav. Anvers (sect. Hasselt, 2<sup>e</sup> ch.), 15 novembre 2005, R.G. n° 2004-0348, [www.juridat.be](http://www.juridat.be)).

155. C. trav. Mons (8<sup>e</sup> ch.), 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715; *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note O. RUCKAERT.

156. Cf. H. BARTH, « Contrôle de l'employeur de l'utilisation privée que font les travailleurs des nouvelles technologies de l'information et de communication au lieu de travail », *J.T.T.*, 2002, p. 173.

Pour ce qui concerne la prévention des infractions, on notera que dans un arrêt de la Cour de cassation du 27 février 2001<sup>157</sup>, la Cour a considéré que l'article 8 de C.E.D.H. ne s'oppose pas à ce qu'un employeur, sur la base d'une suspicion légitime de la participation de son employé à des infractions sur le lieu du travail, installe un système de vidéosurveillance dans la partie du commerce accessible au public, pour prévenir ou constater de nouvelles infractions et que « pour autant qu'elle a pour objectif la dénonciation des faits aux autorités et, partant de cet objectif, qu'elle est adéquate, utile et non excessive, une telle mesure n'implique pas d'ingérence dans l'exercice de ce droit au sens de l'article 8, alinéa 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». La Cour ajoute encore que « l'article 8, alinéa 2, de cette Convention n'implique pas que la mesure ainsi prise doit être préalablement annoncée ». Un arrêt de la cour d'appel de Mons du 2 mai 2005<sup>158</sup>, faisant application de cet arrêt de la Cour de cassation a ainsi considéré que le droit au respect de la vie privée, prévu à l'article 8, alinéa premier de la C.E.D.H. n'empêche pas que, sur la base d'une présomption raisonnable de l'implication d'un tiers dans des infractions commises à son détriment, la victime d'une infraction prenne des mesures afin de constater de nouveaux faits punissables au moyen de vidéosurveillance dans un espace public.

Dans un arrêt du 8 janvier 2014<sup>159</sup>, la Cour de cassation se prononçant sur la question de la régularité de la preuve obtenue via un enregistrement de télécommunication réalisé à l'insu d'un des interlocuteurs énonce qu'un tel enregistrement ne viole pas l'article 8 de la C.E.D.H. dès lors qu'il s'agit d'une utilisation à des fins probatoires par la personne qui, apprenant l'existence d'un crime ou d'un délit, s'acquitte de l'obligation d'en donner avis au procureur du Roi. L'arrêt laisse donc penser que l'appréciation de l'absence de violation de ces dispositions se justifie par rapport à la finalité d'utilisation de l'enregistrement.

On ne constate toutefois pas une volonté dans le chef du juge du fond de rattacher nécessairement la finalité identifiée à l'une de celles énoncées à l'article 8, alinéa 2, de la C.E.D.H. Il se contente parfois de vérifier qu'il existe une finalité « légitime » dans le chef de l'employeur<sup>160</sup>. C'est ainsi que dans le cadre des relations de travail, intervient généralement le constat qu'une certaine forme de contrôle doit pouvoir s'exercer l'autorité et le pouvoir de contrôle étant inhérent à la relation de travail<sup>161</sup>,

157. Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 27 février 2001, R.G. n° P.99.0706.N, [www.cass.be](http://www.cass.be).

158. Mons (1<sup>re</sup> ch.), 2 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 438.

159. Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 8 janvier 2014, R.G. n° P.13.1935.F, [www.cass.be](http://www.cass.be). Pour un commentaire : K. ROSIER, « Enregistrement d'une télécommunication à des fins de dénonciation », *B.S.J.*, n° 514, 2014, p. 16.

160. C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerr.*, 2005, p. 313.

161. C. trav. Bruxelles, 5 octobre 2004, R.G. n° 42977, [www.cass.be](http://www.cass.be).

pour autant que ce contrôle soit légitime et ne prenne pas une forme excessive. En effet, il nous semble clair que le contrôle doit être justifié au regard des intérêts légitimes de l'employeur. Il peut s'agir de s'assurer de la bonne exécution des prestations du travailleur, de la préservation de ses intérêts économiques ou encore par exemple du fait d'assurer le respect des bonnes mœurs sur le lieu de travail.

#### Illustrations:

À titre d'illustrations, les finalités suivantes ont été admises dans le cadre d'ingérence dans la vie privée du travailleur:

- la vérification de la réception et le transfert d'e-mails pornographiques dès lors que de tels mails étaient contraire à l'article 16 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail et au code de conduite de l'employeur (qui interdisait en l'espèce strictement la consultation et/ou le stockage et/ou la transmission de contenu illicite tels que les atteintes aux bonnes mœurs, le racisme et la xénophobie, les pratiques de harcèlement ou de contenu pornographique ou érotique)<sup>162</sup>;
- la prévention de virus et d'infractions pénales par le biais des outils informatiques de l'employeur<sup>163</sup>;
- la vérification de l'emploi du temps pendant le travail grâce à des données GPS<sup>164</sup> ou encore l'utilisation de ces mêmes données pour la localisation d'un véhicule de l'entreprise en cas de vol<sup>165</sup>.

#### c) Principe de proportionnalité

57. Enfin, l'ingérence doit être une mesure « nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de ce but ». La Cour européenne des droits de l'homme a précisé à cet égard, dans un arrêt *Olsson c. Suède* que « ... la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionné au but légitime recherché... »<sup>166</sup>. Il en résulte que non seulement la mesure d'ingérence doit être utile à la réalisation du but poursuivi mais qu'elle doit, de surcroît, être la moins dommageable pour la réalisation de ce but. Ce principe de proportionnalité invite donc à vérifier « si un juste équilibre a été ménagé

entre ce but et le droit en cause, tenant compte de son importance et de l'intensité de l'atteinte portée »<sup>167</sup>.

Il y a donc deux dimensions à ce critère de proportionnalité: la première réside dans la relative importance du but poursuivi tandis que la seconde porte sur le caractère non excessif de l'acte d'ingérence par rapport au but poursuivi.

#### i) PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ APPLIQUÉ À LA FINALITÉ POURSUIVIE

58. La doctrine soutient que la dimension 'horizontale' de la C.E.D.H. doit mener la Cour de Strasbourg à repenser son test de proportionnalité lorsqu'est en cause une relation interindividuelle (et notamment une relation de travail) dans le sens d'une 'proportionnalité privatisée', c'est-à-dire d'une mise en balance d'intérêts exclusivement privés, dans la mesure où la 'proportionnalité publique' ne serait pas totalement transposable aux relations privées<sup>168</sup>.

Ce type de contrôle de proportionnalité privatisée peut être identifié dans une décision du 28 juin 2001, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à l'absence de tout manquement de la Suisse à son obligation de protéger le droit au respect de la vie privée d'un individu qui avait fait l'objet, à son issu, d'investigations par un assureur: « La Cour note que les juges nationaux ont fait une analyse approfondie des intérêts concurrents existant entre l'assureur et la requérante. [...] Ils ont retenu qu'en l'espèce, les investigations de l'assureur, effectuées à partir du domaine public et limitées à la constatation de la mobilité de la requérante, visaient uniquement à préserver les droits patrimoniaux de l'assurance. Les juges ont ainsi reconnu un intérêt prépondérant à l'assureur et en ont conclu que l'atteinte à la personnalité de la requérante n'était pas illicite. »<sup>169</sup>.

Une telle mise en balance intervient également dans l'arrêt *Köpke c. Allemagne* du 5 octobre 2010 précité de la Cour européenne qui se penche sur la question du droit à se constituer une preuve, et ce dans un contexte qui est celui de la surveillance sur le lieu du travail<sup>170</sup>. L'arrêt dont question est rendu dans une affaire de vidéosurveillance cachée, mise en place par un détective privé à la demande d'un employeur pour

162. Trib. trav. Mons (4<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2010, RG n° 07/18715/A, [www.cass.be](http://www.cass.be).

163. C. trav. Mons (8<sup>e</sup> ch.), 25 novembre 2009, R.D.T.I., n° 38, 2010, p. 81, note K. ROSIER.

164. Trib. trav. Liège, 16 mai 2007, R.G. n° 358.538, [www.cass.be](http://www.cass.be).

165. C. trav. Gand, 14 octobre 2011, J.T.T., 2012, p. 190, Or., 2012 (reflet I. PLETS), liv. 2, 32, Or., 2012 (reflet I. PLETS), liv. 2, p. 6.

166. Cour eur. D.H., arrêt *Olsson c. Suède*, 24 mars 1988, Série A, n° 130, pp. 31-32, § 67; Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon*, 22 octobre 1981, série A, p. 15, § 51.

167. V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 8, § 2 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, L.-E. PETITI, E. DECAUX et P.-h. IMBERT (dir.), Paris, Economica, 1995, p. 338.

168. V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme: faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *CRIDHO Working Paper*, 2007, n° 54, disponible à l'adresse suivante: [http://cridho.cpdf.ucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO\\_WP\\_2007-3.pdf](http://cridho.cpdf.ucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO_WP_2007-3.pdf).

169. Cour eur. D.H., déc. *Verlière c. Suisse*, 28 juin 2001. Dans le même sens, voy., p. ex., arrêt *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003, § 84.

170. Cour eur. D.H., *Köpke c. Allemagne*, 5 octobre 2010, req. n° 420/07.

identifier le responsable de détournement d'une partie des recettes à la caisse d'un supermarché<sup>171</sup>. L'employeur avait licencié la travailleuse qui avait pu être identifiée de cette manière comme étant l'auteur de ces irrégularités. La travailleuse invoquait la violation de l'article 8 qui résidait tant dans la mise en place de la vidéosurveillance sur le lieu du travail sans qu'elle en ait été informée, que dans la production des preuves ainsi recueillies en justice. La Cour, constatant que les images ainsi obtenues ont été traitées et examinées par plusieurs personnes travaillant pour l'employeur et ont été utilisées dans le cadre d'une procédure devant les juridictions du travail, conclut à une ingérence dans la vie privée de la travailleuse. Dans le cadre de l'examen du caractère admissible ou non de l'ingérence, la Cour met en balance les intérêts respectifs du travailleur et de l'employeur. Elle constate que l'intérêt de l'employeur à la protection de ses droits de propriété ne peut être efficacement sauvegardé que s'il peut recueillir des preuves permettant de prouver le comportement fautif (et en l'occurrence infractionnel) de la travailleuse devant les juridictions du travail et conserver lesdites preuves jusqu'à ce qu'une décision judiciaire définitive intervienne. La Cour souligne également que cette possibilité peut servir un intérêt public, à avoir une bonne administration de la justice par les tribunaux nationaux en leur permettant d'être en mesure d'établir autant que possible la vérité, tout en respectant les droits de la Convention de l'ensemble des personnes concernées. La Cour pointe en outre qu'en l'espèce la surveillance secrète aura permis de laver de tout soupçon les autres employés du magasin.

59. En ce qui concerne ce contrôle de proportionnalité, le droit au respect de la vie privée peut être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, et même, selon J.-F. Neven, avec les intérêts économiques de l'employeur<sup>172</sup>. Ainsi, selon cet auteur – qui s'appuie également sur la thèse de F. Hendrickx à cet égard –, les intérêts de l'employeur par rapport à une ingérence déterminée dans la vie privée d'un travailleur peuvent être directement confrontés, « en évitant que le droit au respect de la vie privée ne soit « subordonné » au pouvoir d'autorité du travailleur »<sup>173</sup>. L'ingérence ne pourrait dès lors être discrétionnaire et se fonder uniquement sur l'exercice de l'autorité de l'employeur mais devrait être justifiée au regard des intérêts de l'entreprise.

#### Illustration :

- On trouve un exemple d'application de cette mise en balance dans un arrêt de la cour du travail de Liège, division Neufchâteau, du

171. *Ibid.*

172. J.-F. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, pp. 30-32.

173. *Ibid.*, p. 31.

26 novembre 2014<sup>174</sup>. Le litige tranché s'inscrit dans le cadre d'un licenciement pour motif grave. L'employeur, confronté à la disparition inexplicable de fichiers et de données sur son serveur, demande à une connaissance férue d'informatique quelle peut en être la cause. Dans cette entreprise familiale, les soupçons s'orientent vers le seul employé qui est tiers à la famille. Alors que le P.C. de ce dernier est resté allumé, on remarque une clé USB restée connectée. L'« informaticien » opère une première vérification et constate qu'un programme CCleaner se trouve de cette clé. Ce programme permet d'effacer les données de navigation sur l'internet et il suppose que c'est là la source du problème lié à la disparition concomitante d'autres données. Pour en avoir le cœur net, il charge un programme qui permet de répertorier pendant 24 heures les différentes opérations effectuées sur le PC en enregistrant des captures d'écran. Un rapport est généré à l'issue de cette période et il en résulte que l'employé en question a effectivement lancé le programme CCleaner en fin de journée mais également qu'il a passé le plus clair de son temps sur des sites internet tout à faits étrangers à son activité professionnelle. En attestent les copies d'écran, bien que l'utilisation du programme CCleaner en ait effacé les traces... La Cour va considérer qu'en l'espèce, au vu des soupçons relatifs à un comportement susceptible de porter gravement atteinte aux intérêts économiques de l'entreprise, l'ingérence était admissible.

#### ii) PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ APPLIQUÉ À L'ACTE D'INGÉRENCE

60. Quant aux exigences en termes de proportionnalité de la mesure par rapport au but recherché, il est affaire d'appréciation au cas par cas.

- Par exemple, dans l'arrêt *Köpke c. Allemagne* du 5 octobre 2010 précité, la Cour européenne examine le caractère proportionné de l'ingérence et relève que les juridictions nationales avaient constaté qu'il n'y avait pas d'autre moyen de se ménager une preuve qui aurait pu offrir la même efficacité tout en créant une ingérence moindre dans le droit de la travailleuse au respect de sa vie privée.
- Si l'on se penche sur la jurisprudence belge, relevons que dans un arrêt du 8 décembre 2010<sup>175</sup>, la Cour du travail de Mons juge le contrôle disproportionné dans la mesure où il n'avait pas ciblé uniquement les e-mails susceptibles de révéler des faits de concurrence déloyale qui correspondait à la finalité de contrôle. Pour la cour du travail d'Anvers (sect. d'Hasselt) c'est le fait que la prise de connaissance du contenu des e-mails adressés par une travailleuse incluait les courriers

174. C. trav. Liège (div. de Neufchâteau), 26 novembre 2014, inéd., R.G. n° 2011/AU/24.

175. C. trav. Mons (8<sup>e</sup> ch.), 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715; *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note O. RIJCKAERT.

échangés pendant une période durant laquelle cette dernière était en congé ou qui se situaient en soirée, alors que l'employeur devait raisonnablement s'attendre à ce que ces e-mails aient un caractère privé, qui l'a amenée à considérer le traitement disproportionné<sup>176</sup>.

Dans un jugement du 3 février 2009, le tribunal du travail d'Audernarde relève quant à lui également le caractère disproportionné d'un contrôle en raison du fait qu'il était réalisé de manière systématique sur les P.C. des travailleurs, dans l'optique d'un suivi de rentabilité<sup>177</sup>.

- C'est au caractère proportionné du contrôle que la cour du travail de Liège, division de Neufchâteau, conclut quant à elle, dans l'arrêt déjà évoqué du 26 novembre 2014 dès lors que le contrôle visant à déterminer la cause technique de la disparition inexplicable de fichiers n'a duré qu'une journée<sup>178</sup>. Il était en l'espèce question de vérifier si le travailleur soupçonné d'être à l'origine de ces disparitions utilisait un programme destiné à effacer ses données de connexion et de navigation sur internet et qui avait des effets également sur d'autres données de l'entreprise.

### Section 3

## Incidences en droit social du phénomène du grand dévoilement sur les réseaux sociaux<sup>179</sup>

### Introduction

61. La réflexion qui a eu lieu jusqu'à présent sur les atteintes à la vie privée du travailleur en lien avec l'usage des « nouvelles » technologies de communications s'est principalement orientée sur la surveillance

176. C. trav. Anvers (sect. Hasselt, 2<sup>e</sup> ch.), 15 novembre 2005, R.G. n° 2004-0348, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

177. Trib. trav. Audernarde (1<sup>re</sup> ch.), 3 février 2009, *Chron. D.S.*, 2010, p. 396.

178. C. trav. Liège (div. de Neufchâteau), 26 novembre 2014, inéd., R.G. n° 2011/AU/24.

179. Cette partie reprend notamment, remaniés et actualisés des extraits de :

– S. GILSON et F. LAMBINET, *La liberté d'expression du travailleur salarié*, Limal, Anthemis, 2012;

– F. LAMBINET et S. GILSON, « La liberté d'expression syndicale (Cour eur. D.H. (gde ch.), *Palomo Sanchez e.a. c. Espagne*, 12 septembre 2011; *Vellutini et Michel c. France*, 6 octobre 2011) », *Rev. trim. dr. h.*, avril 2013, pp. 351-376;

– S. GILSON et F. LAMBINET, « Regards sur les droits fondamentaux du travailleur », pp. 29 à 134, in *Les droits de l'homme, une réalité quotidienne* (D. FRIES coord.), Limal, Anthemis, 2014;

– S. GILSON et F. LAMBINET, « Quand le travailleur qui critique son employeur franchit-il le Rubicon ? », note sous C. trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, R.G. n° 2011/AB/653, *Chron. D.S.*, 2014, p. 165.

de l'usage de ces outils de communication par le travailleur. Les réseaux sociaux offrent un nouveau champ d'investigation.

Tout d'abord, ils permettent aux travailleurs de s'y exprimer publiquement – et d'user de leur droit de critique – avec une publicité variable et une certaine forme de pérennité virtuelle des informations.

62. Ensuite, ils mettent en œuvre la problématique particulière de la « vie privée partagée » ce qui est une évolution de la notion de vie privée elle-même : il y a en effet une mutation des comportements qui défie les présupposés sur lesquels s'est développé le droit au respect de la vie privée. Il n'est pas question ici d'examiner la volonté que des particuliers peuvent avoir d'user eux-mêmes des nouvelles technologies de l'information et la communication pour pratiquer, par exemple, une surveillance de leurs proches<sup>180</sup> mais à relever que dans une société où une individualisation accrue avait été soulignée, les processus de socialisation passent désormais par un web communautaire mettant en œuvre un grand dévoilement qui tiendrait à la fois d'un mouvement d'exhibitionnisme et de voyeurisme<sup>181</sup>. Une notion de fin de la vie privée est même évoquée ou, à tout le moins, la nécessité de reconsidérer les frontières de ce qui relève du public et du privé. Nous atteindrions alors la notion de « vie privée en réseau »<sup>182</sup>. À notre sens, ces évolutions vont dans un sens diamétralement opposé des présupposés qui ont vu l'avènement de la notion de vie privée. La transposition des critères classiques va certainement être complexe. Dans l'attente, le travailleur qui expose sa vie privée risque d'en faire les frais.

63. Par ailleurs, les réseaux sociaux facilitent grandement la preuve de certaines informations bien souvent par aveu de ceux qui les communiquent. On le voit, les problèmes se posent notamment en termes de confidentialité et/ou de régularité de la collecte de la preuve de motifs de congé ou de refus d'embauche. Avec l'avènement des réseaux sociaux, c'est également la question de l'utilisation dans le cadre de la relation de travail d'informations relatives aux travailleurs qui sont diffusées, parfois par le travailleur lui-même, sur internet qui retient l'attention.

64. Enfin, les réseaux sociaux peuvent être utilisés de manière professionnelle. Les réseaux sociaux peuvent, en effet, offrir des fonctions de

180. Voy. à ce sujet, not., E. SADIN, *Surveillance globale, enquêtes sur les nouvelles formes de contrôle*, op. cit., pp. 200 et s.

181. E. SADIN, *Surveillance globale, enquêtes sur les nouvelles formes de contrôle*, op. cit., 220.

182. J.M. MANACH, *La vie privée, un problème de vieux cons ?*, FYP Editions, 2010, p. 62.

gestion et des processus collaboratifs au sein de l'entreprise afin, notamment, d'assurer une meilleure circulation de l'information<sup>183</sup>.

### A. La liberté d'expression du travailleur en mutation<sup>184</sup>

#### 1. Le travailleur dispose d'un droit à la liberté d'expression<sup>185</sup>

65. Comme tout citoyen, le travailleur dispose, parmi ses droits fondamentaux<sup>186</sup>, d'un droit à la liberté d'expression<sup>187</sup>. La première phrase de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce que « Toute personne a droit à la liberté d'expression ». La Cour de Strasbourg accorde une importance primordiale à cette liberté, dès lors qu'elle constitue « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique » et « l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »<sup>188</sup>. La liberté de s'exprimer librement « vaut non seulement pour les 'informations' [et les] 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population », « [a]insi [que] le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique' »<sup>189</sup>. C'est au demeurant lorsqu'on émet des idées qui heurtent et choquent que la liberté d'expression est la plus précieuse<sup>190</sup>.

183. Voy. ainsi, *La Libre Belgique*, 13 et 14 novembre 2010, « Le modèle Facebook dans les entreprises ».

184. S. GILSON et F. LAMBINET, *La liberté d'expression du travailleur salarié*, op. cit.

185. Sur la liberté d'expression, voy. Fr. TULKENS, « La liberté d'expression en général », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (N. BONBLED et M. VERDUSSEN dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, Volume II, p. 789, pp. 821 et s.; S. GILSON et F. LAMBINET, *Le droit à la liberté d'expression du travailleur salarié*, Les dossiers du B.S.J., Limal, Anthemis, 2012.

186. Sur les droits fondamentaux des travailleurs, on lira avec intérêt C. LA HOVARI, *Les droits fondamentaux au travail. Origine, statut, impact en droit international*, PUF, 2009 et A. CARILLON, *Les sources européennes des droits de l'homme salarié*, Bruxelles, Bruylant, 2006. Pour une application pratique en droit belge, voy. S. GILSON et F. LAMBINET, « Regards sur les droits fondamentaux du travailleur », pp. 29 à 134, in *Les droits de l'homme, une réalité quotidienne* (D. FRIES coord.), Limal, Anthemis, 2014.

187. En vertu des articles 19 de la Constitution, 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La doctrine a relevé qu'à la différence de la situation française ou néerlandaise, le droit du travail belge ne consacre pas spécifiquement la liberté d'expression du travailleur salarié (C. PREUMONT, « Les médias sociaux à l'épreuve du droit du travail », *J.T.T.*, 2011, p. 357). Sur la liberté d'expression des travailleurs, voy. P. HUMBLET, « De la liberté d'expression des travailleurs salariés », *Chron. D.S.*, 2003, pp. 157 à 165. Sur la liberté d'expression en général, on lira avec attention Fr. TULKENS, « La liberté d'expression en général », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (M. VERDUSSEN et M. BONBLED dir.), op. cit., pp. 821 et s.

188. Voy. l'arrêt de principe *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, 2<sup>e</sup> al.

189. *Ibid.*

190. Voy. Cour eur. D.H., *Women On Waves et autres c. Portugal*, 3 février 2009, § 42.

66. Ce droit emporte plusieurs prérogatives dans le chef du travailleur : celle d'avoir une opinion et celle de recueillir et de répandre des informations ou des idées<sup>191</sup>, le cas échéant sous forme de critiques à l'égard de son employeur<sup>192</sup>. Cette question, remise à l'ordre du jour par les propos tenus par certains travailleurs à l'égard de leur employeur sur les réseaux sociaux, revêt certaines spécificités tenant au milieu professionnel, caractérisé par l'état de subordination du travailleur et l'autorité corrélative de l'employeur. Elle est par ailleurs susceptible de se conjuguer avec celle de la liberté de réunion et d'association lorsqu'elle se pose dans un contexte syndical, « une organisation syndicale p[ouvant] avoir une opinion différente, émettre des critiques sur la gestion dans l'entreprise, même si celles-ci sont blessantes, choquantes ou de nature à semer la confusion »<sup>193</sup>.

67. La protection accordée par l'article 10 de la C.E.D.H. s'étend à toute expression, quel que soit son mode de diffusion<sup>194</sup>. Il s'ensuit que cette protection s'étend à divers moyens de communication, et notamment à internet. La déclaration du Conseil de l'Europe de 2003 relative à la liberté de la communication sur internet stipule à cet égard que « les États membres ne devraient pas soumettre les contenus diffusés sur l'Internet à des restrictions allant au-delà de celles qui s'appliquent à d'autres moyens de diffusion de contenus »<sup>195</sup>.

#### 2. Le droit à la liberté d'expression du travailleur doit s'exercer dans le respect des obligations issues du contrat de travail

68. Puisqu'il vaut pour « toute personne », le droit de s'exprimer librement bénéficie aussi aux travailleurs, la liberté d'expression ne s'arrêtant pas aux portes de l'entreprise<sup>196</sup>.

69. Le principe d'exécution de bonne foi des conventions, et l'obligation de loyauté vis-à-vis de l'employeur qui en découle, ainsi que certaines obligations inhérentes au contrat de travail impliquent cependant que l'exercice de la liberté d'expression toléré dans le cadre professionnel est moins large qu'en dehors de celui-ci. Parmi les obligations propres au contrat de travail qui peuvent avoir une incidence sur la liberté d'expres-

191. P. HUMBLET, « De la liberté d'expression des travailleurs salariés », op. cit., p. 157.

192. *Ibid.*, p. 160.

193. *Ibid.*, p. 162.

194. Voy. M. MACOVEI, *Liberté d'expression, Un Guide sur la mise en œuvre de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, Précis sur les droits de l'homme*, n° 2, Conseil de l'Europe, juillet 2003, p. 7 (disponible à l'adresse suivante : <http://www.humanrights.coe.int/aware/GB/publi/materials/948.pdf>).

195. Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet, adoptée par le Comité des ministres le 28 mai 2003, lors de la 840<sup>e</sup> réunion des Délégués des ministres, Principe I.

196. Voy. not. Cour eur. D.H., *Guja c. Moldova*, 12 février 2008, § 52.

sion du travailleur figurent l'obligation de manifester respect et égards envers l'employeur (art. 16, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 3 juillet 1978), l'obligation d'assurer et d'observer le respect des convenances et des bonnes mœurs (art. 16, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978), et l'obligation d'effectuer son travail avec soin, probité et conscience en s'abstenant de tout comportement pouvant nuire à son employeur (art. 17 de la loi du 3 juillet 1978)<sup>197</sup>.

En application du principe d'exécution de bonne foi des conventions, énoncé à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, on peut certainement s'attendre à ce que le travailleur doive faire preuve d'une certaine loyauté<sup>198</sup> vis-à-vis de son employeur. Ainsi, par exemple, indépendamment des obligations contenues dans le contrat de travail et dans la loi du 3 juillet 1978, la jurisprudence considère en général que la bonne foi et la loyauté demandent que le travailleur ne fasse pas de concurrence, même loyale, durant l'exécution du contrat<sup>199</sup>. À notre sens, ce devoir de loyauté implique que le travailleur ait égard aux intérêts de l'employeur et ne mette pas ceux-ci en péril par ses propos sans qu'il y ait de raison légitime. Parmi ces raisons légitimes figure, selon nous, le respect des droits des travailleurs, qu'ils soient individuels ou collectifs. Ainsi, dès lors que l'employeur méconnaît des obligations contractuelles ou légales, le travailleur a toujours le droit de s'en plaindre et d'agir en conséquence dans les limites que le droit lui donne. Il nous semble également que le travailleur demeure libre de revendiquer des droits nouveaux et, le cas échéant, de participer à des actions collectives à ce sujet.

Se pose évidemment la question de l'étendue du devoir de loyauté du travailleur vis-à-vis de son employeur<sup>200</sup>. Selon la cour du travail de Liège, par exemple, le directeur technique d'une société de logement social qui signe une pétition publique dirigée contre un projet développé par son employeur commet certes une faute, mais pas une faute justifiant son licenciement pour motif grave, dans la mesure où, d'une part, le travailleur ne s'est pas présenté comme l'employé de la société développant le projet et où, d'autre part, les critiques portent sur la nécessité du respect de prescriptions urbanistiques et non sur une opposition de principe au projet de construire des habitations<sup>201</sup>.

La Commission européenne des droits de l'homme a admis qu'une personne puisse consentir à une limitation de sa liberté d'expression<sup>202</sup>, sans qu'il puisse toutefois être question d'une suppression ou d'une renonciation totale au droit de s'exprimer librement. Une telle limitation peut découler du devoir de loyauté incombant au travailleur, à condition qu'elle soit proportionnelle à la nature de l'emploi et à l'importance de la question pour l'employeur<sup>203</sup>. Il a ainsi été jugé que dans une entreprise dite de tendance, les travailleurs peuvent consentir à une certaine limitation de leur liberté d'expression en tenant compte de l'orientation de l'entreprise et des fonctions spécifiques occupées au sein de celle-ci<sup>204</sup>. Le devoir de réserve des fonctionnaires peut emporter certaines restrictions à l'exercice de la liberté d'expression, celles-ci faisant l'objet d'un examen tenant compte des fonctions spécifiques appelées à être remplies<sup>205</sup>.

70. Finalement, l'obligation de confidentialité de l'article 17, 3<sup>e</sup>, de la loi du 3 juillet 1978 apparaît comme une limitation, légalement consacrée, à l'exercice de la liberté d'expression des travailleurs<sup>206</sup>. Rendre publics des projets de restructuration confidentiels constitue par exemple une faute grave<sup>207</sup>, de même que diffuser l'identité d'un client en faisant signer une pétition dans les locaux de l'employeur<sup>208</sup>. Cette obligation de confidentialité s'applique également au délégué syndical, qui ne peut pas rendre publiques des données confidentielles sur les rémunérations<sup>209</sup>. On tiendra cependant toujours compte du contexte, puisqu'un travailleur peut avoir besoin de prendre copie de documents confidentiels à des fins probatoires dans le cadre d'une demande légitime qu'il formule en justice. Si ces documents n'ont été pris qu'à cette fin et ne sont pas distribués à des concurrents, il n'y a pas de faute<sup>210</sup>. Reste évidemment à savoir quelles informations sont « confidentielles » et quelles informations ne le sont pas.

71. Catherine Preumont relève à juste titre que la fin du contrat de travail ne lève pas tous les obstacles posés à la libre expression du travail-

197. C. PREUMONT, « Les médias sociaux à l'épreuve du droit du travail », *J.T.T.*, 2011, p. 359.

198. Voy. à ce sujet : S. GILSON, K. ROSIER, A. ROGER ET S. PALATE, *Secret et loyauté dans la relation de travail*, Waterloo, Kluwer, 2012.

199. C. trav. Mons, 3 février 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 288 ; C. trav. Mons, 13 septembre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 14 ; S. GILSON et Ch.-E. CLESSE, « Avant-propos. La concurrence loyale et déloyale du travailleur », *La concurrence loyale et déloyale du travailleur* (Ch.-E. CLESSE et S. GILSON coord.), Limal, Anthemis, 2013.

200. Voy. à ce sujet : S. GILSON, K. ROSIER, A. ROGER, S. PALATE, *Secret et loyauté dans la relation de travail*, op. cit.

201. C. trav. Liège (sect. Namur), 20 mars 2008, *Chron. D.S.*, 2009, I, 43.

202. Commission européenne des droits de l'homme, req. 11308/84 du 13 mars 1986, cité in P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 395.

203. Commission européenne des droits de l'homme, req. 12242/86 du 6 septembre 1989, cité in P. FRUMER, op. cit., pp. 396-397.

204. Commission européenne des droits de l'homme, req. 11002/84 du 8 mars 1985, cité in P. FRUMER, op. cit., pp. 395-396.

205. Voy. Cour eur. D.H., *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, § 60, 3<sup>e</sup> al.

206. Voy. à ce sujet : S. GILSON, K. ROSIER, A. ROGER, S. PALATE, *Secret et loyauté dans la relation de travail*, op. cit.

207. C. trav. Bruxelles, 20 février 1980, *Bull. F.E.B.*, 1981, p. 1784.

208. Trib. trav. Charleroi, 26 janvier 1987, *Rev. rég. dr.*, 1987, p. 185.

209. C. trav. Anvers, 24 mai 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 76.

210. C. trav. Anvers, 22 mars 1982, *Chron. D.S.*, 1984, p. 220 ; C. trav. Bruxelles, 26 juin 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 188.

leur<sup>211</sup>. On sait, en effet, que certaines obligations du contrat de travail perdurent après la fin de celui-ci. Il pourra ainsi en aller notamment de la violation d'une clause de confidentialité<sup>212</sup> ou de l'article 17, 3°, de la loi du 3 juillet 1978.

### 3. La liberté d'expression du travailleur n'est pas absolue

72. Outre les restrictions propres à la relation de travail, l'usage de la liberté d'expression connaît des limites. En effet, « aucun droit, fût-il fondamental, aucune liberté, fût-elle constitutionnelle ou *supra*-constitutionnelle, ne sont absolus ni susceptibles d'un usage abusif »<sup>213</sup>. Le second paragraphe de l'article 10 de la C.E.D.H. énonce, à cet égard, que l'exercice de la liberté d'expression « peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

73. Pour être légitime, toute limitation posée à l'exercice de la liberté d'expression doit satisfaire à la triple condition de l'article 10, § 2, de la C.E.D.H. : être prévue par la loi, viser à protéger l'un des intérêts ou valeurs énumérés dans cette disposition et demeurer dans la mesure de ce qui est nécessaire, dans une société démocratique, à la réalisation de ce but.

74. C'est bien souvent sous l'angle de ce *principe de proportionnalité* que l'on sera amené à analyser dans quel cas l'expression du travailleur est ou non problématique. Lorsqu'ils sont amenés à apprécier la légitimité d'une restriction apportée à l'exercice de la liberté d'expression dans le cadre particulier des relations de travail, les cours et tribunaux doivent se livrer à une mise en balance des intérêts divergents en jeu, en tenant compte des caractéristiques spécifiques du milieu professionnel, et, le cas échéant, du conflit social existant au sein de l'entreprise<sup>214</sup>. Il s'agit,

en pareil contexte, de mettre en balance des intérêts privés en conflit : d'une part, le droit à la liberté d'expression des travailleurs et, d'autre part, le droit à l'honneur et à la dignité de leur employeur ou de leurs collègues<sup>215</sup>.

– Le *contexte de l'expression* : comme le relève la doctrine<sup>216</sup>, les juridictions nationales adoptent, lorsqu'elles contrôlent la nécessité d'une restriction apportée à l'exercice de la liberté d'expression, une approche circonstanciée qui les conduit à tenir compte de divers facteurs tels que le contexte général dans lequel est intervenue la communication entravée. L'amplitude de l'exercice de la liberté d'expression tolérée par la Cour de Strasbourg varie en effet selon le contexte dans lequel s'insère l'expression litigieuse, et notamment en fonction du débat qu'elle soulève ou qu'elle alimente. Ainsi, dans un débat d'intérêt général (et un débat syndical peut être qualifié comme tel), la liberté d'expression sera plus importante. À l'inverse, la Cour est plus disposée à admettre des ingérences à l'égard de propos étrangers à tout débat d'intérêt général<sup>217</sup>. En 2000, elle a ainsi jugé irrecevable une requête introduite par un salarié licencié pour avoir critiqué son employeur dans des tracts et une lettre publiée par une revue au motif qu'il n'avait pas participé à une discussion sur des problèmes d'intérêt public mais avait critiqué publiquement et durement les services de son employeur dans des termes qui risquaient de porter atteinte à la réputation de ce dernier<sup>218</sup>.

La liberté d'expression reconnue aux travailleurs revêt une importance particulière pour les représentants syndicaux. Elle est en effet « unanimement considérée comme un aspect essentiel et indispensable du droit syndical »<sup>219</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme le reconnaît<sup>220</sup> : selon elle, « les membres d'un syndicat doivent pouvoir exprimer devant l'employeur leurs revendications tendant à améliorer

Pour une analyse détaillée de l'arrêt *Palomo Sanchez*, voy. F. DORSEMONT, *op. cit.*, pp. 66 et s., plus particulièrement pp. 71 et s.

215. Voy. Cour eur. D.H., *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, § 57.

216. Fr. TULKENS, « La liberté d'expression en général », in *Les droits constitutionnels en Belgique* (M. VERDUSSEN et M. BOMBLED dir.), Bruxelles, Bruylant, vol. II, 2011, p. 827.

217. Voy., p. ex., Cour eur. D.H., *De Diego Nafria c. Espagne*, 14 mars 2002, § 38.

218. Cour eur. D.H., *Predota c. Autriche*, décision sur la recevabilité, 18 janvier 2000.

219. Cour eur. D.H., *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, Opinion dissidente, § 5.

220. Voy. Cour eur. D.H., *Vellutini et Michel c. France*, 6 octobre 2011, § 32 : « le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 [de la Convention] constitue l'un des principaux moyens permettant d'assurer la jouissance effective du droit à la liberté de réunion et d'association consacré par l'article 11 », et cela « vaut particulièrement dans le domaine syndical ». Voy. aussi Cour eur. D.H., *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, § 56, citant l'avis consultatif OC-5/85193 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

211. C. PREUMONT, « Les médias sociaux à l'épreuve du droit du travail », *J.T.T.*, 2011, p. 359. Voy. à ce sujet : S. GILSON et C. BOULANGER, « L'obligation de secret du travailleur : une vie privée de l'employeur ? », in V. CASSIERS et S. GILSON (dir.), *L'entreprise et le secret*, Larcier, 2014, pp. 85 à 132.

212. T.G.I. Béthune, 14 décembre 2010, cité par C. PREUMONT, « Les médias sociaux à l'épreuve du droit du travail », *J.T.T.*, 2011, p. 359.

213. Civ. Namur (réf.), 24 juin 2006, *J.T.*, 2007, p. 173.

214. Voy. not. Cour eur. D.H., *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, §§ 70-71, et Opinion dissidente commune des juges Tulkens, David Thor Bjorgvinsson, Jociene, Popovic et Vucinic, § 6 et *Vellutini et Michel c. France*, 6 octobre 2011, § 32.

rer la situation des travailleurs au sein de leur entreprise», à peine d'être «privé[s] d'un moyen d'action essentiel»<sup>221</sup>. L'on serait tenté de penser que, compte tenu de la mission qu'ils assument, les syndicalistes peuvent légitimement exercer leur droit de s'exprimer librement d'une manière plus étendue que les travailleurs lambda, du moins lorsqu'ils s'expriment au nom des travailleurs de l'entreprise pour assurer la défense de leurs intérêts professionnels et sociaux. Il n'en est rien. Au contraire, la jurisprudence européenne traite la liberté d'expression syndicale de façon rigoureuse, «laiss[ant] transparaître [...] une certaine méfiance à l'endroit de [l'action des syndicats]»<sup>222</sup>. Selon la Cour, en effet, ces derniers «ne devraient pas dépasser les limites convenables de la polémique et devraient s'abstenir d'excès de langage»<sup>223</sup>. La rigueur dont font preuve les juges européens sur ce point pose cependant question, notamment eu égard à l'effet dissuasif que peuvent induire les restrictions apportées à la liberté d'expression syndicale. En effet, ainsi que l'ont souligné les juges dissidents en l'affaire *Palomo Sanchez*, le licenciement d'un membre d'un syndicat qui agit pour la défense des intérêts d'autres travailleurs «est susceptible d'avoir, de façon générale, un 'effet dissuasif' (*chilling effect*) sur la conduite des syndicalistes face à l'employeur et de constituer une atteinte directe à la raison d'être d'un syndicat»<sup>224</sup>. De l'opinion des juges dissidents, il conviendrait d'appliquer, «*mutatis mutandis* et avec toutes les précautions nécessaires», la jurisprudence applicable à la liberté d'expression dans le contexte de la presse aux cas dans lesquels l'expression litigieuse a une coloration syndicale, dès lors qu'à l'instar des journalistes, les syndicats ont une fonction de «chien de garde», non pas politique mais patronal<sup>225</sup>.

- La teneur et le ton de l'expression entravée est également un facteur d'appréciation. Ainsi, la liberté d'expression ne permet pas de tenir des discours pénalement punissables ou des propos qui sont inutilement injurieux ou insultants. De l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme, les exigences de la vie en commun dans le milieu professionnel justifient une relative sévérité dans l'appréciation des critiques formulées par les individus qui en font partie. En 2004, la Cour avait ainsi déclaré partiellement irrecevable une requête introduite par deux salariées qui avaient été licenciées après avoir viruellement critiqué la politique de leur employeur, accompagnant leur

221. Cour eur. D.H., *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, § 56.

222. *Ibid.*, Opinion dissidente, § 13.

223. *Ibid.*, § 67, citant le point 154 de la cinquième édition (révisée) du Recueil de décisions et principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du Bureau international du Travail.

224. *Ibid.*, Opinion dissidente, § 17.

225. *Ibid.*, Opinion dissidente, § 7.

critique d'injures à l'adresse de leurs collègues et de la direction, au motif que par leur «comportement constamment provocateur», les requérants avaient «irréremédiablement brisé[...] la confiance et la loyauté qui doivent sous-tendre toute relation de travail»<sup>226</sup>. De même, dans son arrêt *Aguilera Jiménez et autres c. Espagne*, du 8 décembre 2009<sup>227</sup>, la Cour a considéré que le licenciement pour faute grave d'employés au motif qu'ils avaient, par le biais d'un magazine syndical présentant notamment une caricature vulgaire, critiqué de façon outrancière la direction de l'entreprise, n'était pas contraire à l'article 10 de la Convention, dès lors que, si la liberté d'expression implique également le droit de blesser, choquer et inquiéter, elle n'emporte pas nécessairement le droit, par des propos à caractère blessant et insultant, de porter atteinte à la réputation et à l'honneur, et ce, même dans un cadre syndical<sup>228</sup>. On n'oubliera pas, à cet égard, que la loi belge relative aux contrats de travail prévoit, en son article 16, que le travailleur et l'employeur se doivent le respect et des égards réciproques. Il semble toutefois que chacun ait le droit de riposter à des critiques sur le ton imprimé par l'assaillant. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi épinglé, pour conclure à la violation de l'article 10 de la Convention dans l'affaire *Nilsen et Johnsen*, la circonstance que «les termes sans conteste virulents dans lesquels [les déclarations litigieuses avaient été] formulées n'étaient pas sans commune mesure avec ceux employés par la partie lésée, qui, à un stade précoce, avait participé au débat, dont elle avait été une figure emblématique»<sup>229</sup>.

Il va de soi que le caractère injurieux ou insultant de l'expression litigieuse aura une incidence sur la question de savoir si son auteur a dépassé les bornes de la critique admissible<sup>230</sup>, ainsi que sur l'appréciation de la proportionnalité, *stricto sensu*, de la réponse apportée à l'expression en cause. Proférées dans le cadre des relations professionnelles, les injures, contraires aux devoirs de respect et d'égards mutuels de l'article 16 de la loi du 3 juillet 1978, seront de nature

226. Cour eur. D.H., *Carstea et Grecu c. Roumanie*, décision sur la recevabilité, 21 septembre 2004.

227. Cour eur. D.H., *Aguilera Jimenez*, 8 décembre 2009. F. DORSEMENT et D. VOORHOOF, «Note sous CEDH 8 décembre 2009, *Aguilera Jiménez*», 2010, *European Human Rights Cases*, 3, pp. 270-279.

228. Voy. les considérations critiques de D. VOORHOOF et J. ENGLEBERT, «Liberté d'expression syndicale mise à mal par la Cour européenne», *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 733 et s., not. sur la question de l'absence de prise en compte de la proportionnalité de la sanction.

229. Cour eur. D.H., *Nilsen et Johnsen c. Norvège*, 25 novembre 1999, § 53.

230. Voy. not. Cour eur. D.H., *Tammer c. Estonie*, 6 février 2001, § 67; *Janowski c. Pologne*, 21 janvier 1999, § 34; *Aydin Tatlav c. Turquie*, 2 mai 2006, § 28; *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 35, 2<sup>e</sup> al., *Aydin Tatlav c. Turquie*, 2 mai 2006, § 28.



à donner lieu à un licenciement pour motif grave<sup>231</sup> – sauf à déceler dans les circonstances de l'espèce des éléments permettant de conclure qu'elles ne revêtaient pas la gravité requise pour justifier pareille sanction<sup>232</sup>. La Cour de Strasbourg a ainsi estimé qu'« une atteinte à l'honorabilité des personnes faite par voie d'expressions grossièrement insultantes ou injurieuses au sein du milieu professionnel revêt, en raison de ses effets perturbateurs, une gravité particulière, susceptible de justifier des sanctions sévères »<sup>233</sup>. Dans la même veine, les juges Cafisch et Makarczyk ont relevé, dans leur opinion dissidente commune en l'affaire *Fuentes Bobo*, relative au licenciement d'un réalisateur de programmes qui avait tenu des propos offensants à l'égard des dirigeants d'une chaîne de télévision publique espagnole, que le licenciement du requérant n'était pas disproportionné dès lors que « la confiance et la loyauté qui doivent sous-tendre toute relation de travail – et qui n'excluent pas la critique lorsqu'elle prend une forme objective et mesurée, sans être assaisonnée de quolibets et d'injures – [avaient] été irrémédiablement brisées par le comportement constamment provocateur du requérant »<sup>234</sup>.

Il est à noter, d'autre part, que les magistrats ne semblent pas vouloir prendre note des spécificités du langage utilisé dans le cadre des nouvelles technologies de communication<sup>235</sup>, qui se caractérise par un brouillage des frontières entre l'écrit et l'oral<sup>236</sup>, notamment par le recours à des émoticônes. Dans une décision rendue le 19 novembre 2010, une juridiction sociale française a ainsi jugé que « l'usage de [...] 'smileys' et d'onomatopées dans les propos échangés ne p[ou]vaient en rien permettre de les qualifier d'humoristiques »<sup>237</sup>. Ces signes, conçus dans le but d'éviter toute incompréhension ou confusion quant au ton que revêtent les propos qu'ils émaillent, présentent pourtant un intérêt certain lorsqu'il s'agit de sonder l'intention de leur auteur.

231. C. trav. Bruxelles, 5 décembre 1994, *Chron. D.S.*, 1997, p. 131; C. trav. Anvers, 9 décembre 1994, *Turnh. Reclt.*, 1994-1995, p. 164; Trib. trav. Gand, 15 février 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 175, note N. CHATEL; C. trav. Bruxelles, 16 mars 1977, *Bull. F.E.B.*, 1978, p. 248.
232. Voy. not. C. trav. Bruxelles, 16 janvier 1986, *Rev. dr. soc.*, 1986, p. 153; C. trav. Liège, 15 juin 1971, *J.T.T.*, 1972, p. 233.
233. Cour eur. D.H., *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, § 76.
234. Cour eur. D.H., *Fuentes Bobo c. Espagne*, 29 février 2000, Opinion dissidente des juges Cafisch et Makarczyk (souligné par nous).
235. Voy. à ce sujet, M. PICQ, « Facebook et les salariés : Vie privée, liberté d'expression et humour », <http://webu2.upmf-grenoble.fr/rdif/?p=927>.
236. P. Y. VERKINDT, « Les amis de nos amis... », *J.C.P.S.*, 2010, Act. 550 cité par M. Picq, *op. cit.*
237. Décision disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscor.net/documents/cphboullognebillancourt20101119.pdf>.

- *L'humour* : Il est par ailleurs généralement admis que l'humour bénéficie d'une tolérance supplémentaire<sup>238</sup>. Il a déjà été considéré, à cet égard, que la diffusion, le 1<sup>er</sup> avril, d'une copie déformée du journal d'entreprise doit être appréciée avec humour, de sorte que le licenciement pour faute grave de son instigateur n'est pas justifié<sup>239</sup>. Il semblerait néanmoins que certains juges soient peu sensibles au caractère humoristique de l'expression censurée. Des salariés espagnols en ont fait les frais devant le prétoire strasbourgeois en l'affaire *Palomo Sanchez*, dans laquelle la majorité n'a fait aucun cas du caractère satirique de l'expression qui avait valu à ses auteurs d'être licenciés, ce que n'ont pas manqué de relever les juges dissidents<sup>240</sup>.
- *La publicité qui est donnée aux propos litigieux* peut également avoir une incidence sur le contrôle de la conformité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression<sup>241</sup>. Dès lors qu'il y a publicité, le travailleur doit user de sa liberté d'expression avec circonspection. Des propos outranciers seront en effet susceptibles de justifier un licenciement, le cas échéant pour motif grave, lorsqu'ils sont publics<sup>242</sup>. La publicité qui est donnée aux propos litigieux peut avoir une incidence sur le contrôle de la conformité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression<sup>243</sup>, ce qui constitue d'ailleurs l'une des difficultés propres aux réseaux sociaux. Il faut en effet se rendre compte, à cet égard, que des publications sur internet, par exemple sur des réseaux sociaux, sont de nature à faire passer une communication de la sphère privée à la sphère publique<sup>244</sup>, ce qui n'est pas sans incidence sur l'appréciation que l'on peut en avoir en termes de liberté d'expression. Selon la doctrine, il faudrait analyser l'intention du travailleur de donner à ses propos un caractère public ou non<sup>245</sup>. Olivier Rijckaert et Noël Lambert écrivent en ce sens que « ce n'est pas tant la nature, ni l'usage des réseaux sociaux en général qui sont déterminants mais bien l'intention qui anime la personne lorsqu'elle décide de poster telle ou telle information »<sup>246</sup>. Dans cette perspective, pour-

238. FR. TULKENS, « La liberté d'expression en général », *op. cit.*, p. 841. Sur la conception particulière de la liberté d'expression dans le cadre de l'humour, voy. F. DORSEMONT, *op. cit.*, p. 89.
239. Trib. trav. Bruxelles, 27 juin 1999, *Chron. D.S.*, 1998, p. 95.
240. Cour eur. D.H., *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, Opinion dissidente, § 11.
241. Voy. not. Cour eur. D.H., *Skalka c. Pologne*, 27 mai 2003, § 42.
242. Trib. trav. Bruxelles, 9 juillet 1985, *J.T.T.*, 1985, p. 47.
243. Voy. not. Cour eur. D.H., *Skalka c. Pologne*, 27 mai 2003, § 42.
244. Voy. S. GILSON, F. LAMBINET et K. ROSIER, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, *op. cit.*, pp. 112-116.
245. O. RUCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée dans la relation de travail*, *op. cit.*, p. 140.
246. *Ibid.*, p. 99.

rait notamment être prise en compte la nature du réseau social sur lequel l'information est publiée. Ainsi, le fait de s'exprimer sur un réseau social qui a une nature publique et professionnelle traduirait la volonté du travailleur de donner une certaine publicité à ses propos, ce qui ne serait pas le cas si le travailleur décidait de s'exprimer sur un réseau qui a une destination *a priori* privée. Serait également à prendre en compte la connaissance, par l'utilisateur, des paramètres de confidentialité en vigueur sur le site – et, le cas échéant, sur le compte – sur lequel il s'exprime. Sur Facebook, il faudrait distinguer la configuration choisie du profil notamment<sup>247</sup>.

- Jugé qu'il faut analyser l'origine de la publicité donnée. Ainsi « Certes, il est interdit de filmer sans autorisation préalable de la Direction Sécurité et tous les protagonistes étaient bien au courant de cette interdiction, mais en l'occurrence, il s'agit d'un agent (ayant donc accès aux locaux de la Commission) qui prend en photo ou filme avec son téléphone portable deux collègues en train de se mesurer physiquement à la fin de la journée de travail, dans un contexte privé. Ces images n'étaient pas censées être rendues publiques et il n'est pas établi, ni même soutenu que Monsieur C. ait consenti à leur diffusion sur le site Facebook de Monsieur P.V.H. Monsieur C. ne doit répondre que de son fait personnel et non de celui d'un tiers. Même si l'on peut considérer que le comportement de l'intimé et de ses collègues comme non professionnel eu égard aux règles du Code d'éthique et à celles de la Commission européenne en matière de sécurité et eu égard au fait que les agents travaillent chez le client, il n'en va pas, comme le soutient la SA S. d'un fait grave de nature à ruiner la confiance que l'employeur doit avoir en son agent »<sup>248</sup>.
- De même, le degré de spontanéité de l'expression entravée a lui aussi toute son importance à l'heure d'apprécier si le travailleur qui s'est exprimé a vu son droit à la liberté d'expression bafoué. Dans l'affaire *Palomo Sanchez* précitée, la Cour de Strasbourg a ainsi tenu compte, pour conclure à la non-violation de l'article 10, du fait que l'expression en cause ne relevait pas d'« une réaction instantanée et irréfléchie dans le cadre d'un échange oral rapide et spontané, ce qui est le propre des excès verbaux », mais consistait au contraire en des « assertions écrites, publiées en toute lucidité »<sup>249</sup>. De même, dans l'affaire *De Diego Nafria c. Espagne*, la Cour a pris en compte la circonstance que les accusations reprochées au requérant n'avaient « pas été proféré[e]s dans le cadre d'un échange oral rapide et spon-

tané, mais qu'il s'agissait [au contraire] d'assertions écrites, mûrement réfléchies, le requérant admettant qu'il avait pleinement conscience de la portée de leur contenu »<sup>250</sup>. À l'inverse, dans l'affaire *Fuentes Bobo c. Espagne*, où il s'agissait d'assertions orales prononcées lors d'émissions de radio et en direct, les juges ont souligné que les propos litigieux étaient intervenus « dans le cadre d'un échange rapide et spontané de commentaires entre le requérant et [les animateurs des émissions] ».

Il est à noter que les propos diffusés par le biais d'internet, en particulier sur les réseaux sociaux, présentent, du fait de la rapidité de communication qui y prévaut, la particularité de s'apparenter au style oral<sup>251</sup>. D'aucuns condamnent cette assimilation, relevant que l'écrit virtuel conserve la caractéristique essentielle de l'écrit, à savoir la pérennité<sup>252</sup>. Selon nous, néanmoins, la brièveté du délai de réflexion préalable à la diffusion de propos sur internet constitue un élément à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer la proportionnalité d'une ingérence dans la liberté d'expression d'un internaute.

- Le fondement des propos litigieux ou au contraire l'absence totale de fondement<sup>253</sup>, voire l'absence de preuve sont aussi des éléments d'appréciation important<sup>254</sup>. À cet égard, la Cour de Strasbourg distingue selon que l'expression litigieuse porte sur des « faits » ou sur des « idées ». Alors que « la matérialité des premiers peut se prouver, les second[es] ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude »<sup>255</sup>, dès lors qu'un jugement de valeur n'est ni « vrai » ni « faux ». Selon la jurisprudence européenne, la légitimité d'une ingérence dans l'exercice du droit de s'exprimer librement s'appréciera plus rigoureusement dans ce dernier cas parce que c'est la liberté d'opinion elle-même – élément fondamental du droit garanti par l'article 10 de la Convention – qui est en jeu<sup>256</sup>. Les juges européens n'excluent pas, néanmoins, qu'une opinion puisse se révéler excessive, notamment en l'absence de toute base factuelle<sup>257</sup>. La Cour considère à cet égard que la nécessité d'un lien entre un jugement de valeur et les faits qui l'étaient peut varier selon les cas en fonction des circonstances

250. Cour eur. D.H., *De Diego Nafria c. Espagne*, 14 mars 2002, § 41.

251. C. PREUMONT, « Les médias sociaux à l'épreuve du droit du travail », *J.T.T.*, 2011, p. 358.

252. *Ibid.*

253. C. trav. Bruxelles, 21 avril 2004, inéd., R.G. n° 41.024.

254. C. trav. Liège, 15 mai 1995, *Chron. D.S.*, 1997, p. 135.

255. Voy., parmi d'autres, Cour eur. D.H., *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 46.

256. *Ibid.*, § 46. Voy. aussi Cour eur. D.H., *Oberschlick c. Autriche* (n° 1), 23 mai 1991, § 63; *Jerusalem c. Autriche*, 27 février 2001, § 42; *Busuioc c. Moldavie*, 21 décembre 2004, § 61; *London, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 octobre 2007, § 55.

257. Voy. Cour eur. D.H., *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, § 47; *Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995, § 37; *Oberschlick c. Autriche* (n° 2), 1<sup>er</sup> juillet 1997, § 33; *Busuioc c. Moldavie*, 21 décembre 2004, § 61.

247. H. DECKERS, « Facebook et motif grave », *Chron. D.S.*, 2013, p. 114.

248. C. trav. Bruxelles, 29 mai 2013, R.G. n° 2011/AB/817.

249. Cour eur. D.H. (gde ch.), *Palomo Sanchez e.a. c. Espagne*, 12 septembre 2011, § 73.

propres à chaque affaire<sup>258</sup>. À l'inverse, la censure sera plus volontiers jugée légitime lorsque l'expression à laquelle elle se rapporte porte sur des « informations ». Selon les magistrats de Strasbourg, « plus l'allégation est sérieuse, plus la base factuelle doit être solide »<sup>259</sup>. Il s'ensuit que la Cour conclura en principe à la non-violation de l'article 10 si l'auteur de graves allégations n'est pas en mesure d'apporter des éléments de preuve à l'appui de ses affirmations<sup>260</sup>.

- Nombre d'autres circonstances peuvent entrer en ligne de compte dans l'appréciation de l'éventuelle violation du droit d'un travailleur à la liberté d'expression, parmi lesquelles le niveau d'éducation de l'intéressé, et le milieu professionnel dans lequel il évolue. Par exemple, l'ouvrier sur chantier ne se comportera pas nécessairement comme un employé dans un bureau<sup>261</sup>. Le contexte précis dans lequel prend place l'expression litigieuse revêt lui aussi une grande importance. On relèvera ainsi qu'un refus d'autorité et des paroles outrancières prononcées par un employé à l'égard d'un président d'une centrale syndicale pendant une grève doivent être placés dans un contexte syndical où ces attitudes et paroles sont plus aisément admises<sup>262</sup>. Un climat de tension, un sentiment général de malaise peuvent, évidemment, être des circonstances atténuantes<sup>263</sup>.
- Enfin, la nature et la lourdeur de la mesure contestée, qui constitue l'ingérence dans la liberté d'expression, sont aussi des éléments à prendre en considération<sup>264</sup>. En matière de relations de travail, cette ingérence prendra vraisemblablement la forme soit d'une sanction disciplinaire, soit d'une mesure de licenciement, le cas échéant pour motif grave. Aux termes de la jurisprudence strasbourgeoise, le recours au licenciement doit être l'*ultima ratio*<sup>265</sup>. Si l'éventuelle faute d'un travailleur qui serait commise dans le cadre de l'exercice de sa liberté d'expression ne peut pas nécessairement justifier un licenciement pour motif grave, on invitera toutefois les travailleurs à faire preuve de prudence dans le cadre de l'expression de leurs idées lorsqu'elles concernent l'employeur. Ils peuvent, évidemment, faire valoir leurs opinions, mais ils le feront avec modération et correction.

258. Cour eur. D.H., *Feldek c. Slovaquie*, 12 juillet 2001, § 86; *Wirtschafts-trend Zeitschriften-Verlags GmbH. c. Autriche*, 27 octobre 2005, § 35.

259. Voy. not. Cour eur. D.H., *Barata Monteiro Da Costa Nogueira et Patricio Pereira c. Portugal*, 11 janvier 2011, § 38.

260. Voy. p. ex. Cour eur. D.H., *De Diego Nafria c. Espagne*, 14 mars 2002, § 40.

261. Trib. trav. Charleroi, 6 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1411.

262. C. trav. Mons, 17 février 1997, *Chron. D.S.*, 1998, p. 81.

263. Trib. trav. Bruxelles, 14 janvier 1991, *Chron. D.S.*, 1992, p. 348.

264. Voy. parmi d'autres, Cour eur. D.H., *Surek c. Turquie* (n° 1), 8 juillet 1999, § 64; *Chauvy e.a. c. France*, 29 juin 2004, § 78; *Busuioc c. Moldavie*, 21 décembre 2004, § 95.

265. Voy. Cour eur. D.H., *Fuentes Bobo c. Espagne*, 29 février 2000, § 49; *Guja c. Moldova*, 12 février 2008, § 78.

Ils veilleront aussi à le faire dans le cadre d'une finalité légitime qui pourrait être, par exemple, la défense de leurs intérêts et de leurs droits, et à ne pas donner une publicité inutile à leurs propos. Ainsi, n'est jamais critiquable un travailleur qui écrit à son employeur pour se plaindre de ses conditions de travail. Il serait, par contre, plus problématique pour un travailleur d'écrire à la presse ou de donner une publicité large à ses propos<sup>266</sup>.

#### 4. Du droit de critique du travailleur : le passage du privé au public via les réseaux sociaux<sup>267</sup>

75. Si l'article 10 de la C.E.D.H. s'applique assurément à la sphère professionnelle, de l'avis de la Cour de Strasbourg, les exigences de la vie en commun dans ce milieu justifient une relative sévérité dans l'appréciation des critiques formulées par les individus qui en font partie – alors qu'on eût pu attendre de la Cour qu'elle adopte la position inverse, dès lors que « [m]any people, [...] economically dependent as they are upon their employer, hesitate to speak out [...] because they are afraid of being fired »<sup>268</sup>. Les juges européens insistent en effet sur la circonstance que « les salariés ont un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion envers leur employeur »<sup>269</sup>. Ils ont récemment jugé, à cet égard, que « même si la bonne foi devant être respectée dans le cadre d'un contrat de travail n'implique pas un devoir de loyauté absolue envers l'employeur ni une obligation de réserve entraînant la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur, certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre [des relations] de travail », rappelant que « pour pouvoir prospérer, [ces dernières] doivent se fonder sur la confiance entre les personnes »<sup>270</sup>. En 2004, la Cour avait ainsi déclaré partiellement irrecevable une requête introduite par deux salariées qui avaient été licenciées après avoir viruellement critiqué la politique de leur employeur, accompagnant leur critique d'injures à l'adresse de leurs collègues et de la direction, au motif

266. Voy. sur ce sujet S. GILSON et F. LAMBINET, *La liberté d'expression du travailleur salarié*, op. cit.

267. Nous n'aborderons pas ici la question du *whistleblowing*. Voy. not. : L. ROTTIERS, *Le sonneur de tocsin : ses origines, son évolution et ses implications en droit sociale belge*, Waterloo, Kluwer, 2012 et J.-P. CORDIER et P. BRASSEUR, « La dénonciation et la surveillance à l'épreuve de la loi sur le bien-être au travail », in *Discipline et surveillance dans la relation de travail* (S. Gilson dir.), Limal, Anthemis, 2013, p. 489.

268. I. GLASSER, « You Can Be Fired for Your Politics », *Civil Liberties*, n° 327, avril 1979, p. 8, cité in Cour eur. D.H., *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, Opinion dissidente, § 18, 2<sup>e</sup> al.

269. Voy. Cour eur. D.H., *Guja c. Moldova*, 12 février 2008, § 70, *Marchenko c. Ukraine*, 19 février 2009, § 45 et *Heinisch c. Allemagne*, § 64.

270. Cour eur. D.H., *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, § 76.

que par leur « comportement constamment provocateur », les requérantes avaient « irrémédiablement brisé [...] la confiance et la loyauté qui doivent sous-tendre toute relation de travail »<sup>271</sup>.

76. Indépendamment des questions de preuve, il nous semble que la critique qui prend place dans la *sphère familiale ou amicale* n'est jamais constitutive d'une quelconque faute dans le chef du travailleur. À défaut, on en viendrait presque alors à supprimer le droit à la liberté d'opinion de ce dernier. La substance même de son droit de s'exprimer librement s'en trouverait en tout cas incontestablement atteinte. Le fait de prendre *contact avec un collègue de travail* n'ôte pas le caractère privé des critiques émises<sup>272</sup>. Lorsque ces critiques ne font l'objet d'aucune publicité, elles ne peuvent pas justifier de sanction, le comportement n'étant pas fautif<sup>273</sup>. Il a ainsi été jugé qu'un employé qui formule des critiques à l'encontre de la direction dans une conversation privée au domicile d'un collègue ne commet pas de faute susceptible de justifier un licenciement pour motif grave<sup>274</sup>. Dès lors qu'il y a *publicité*, en revanche, le travailleur doit user de sa liberté d'expression avec circonspection. Des propos outranciers seront en effet susceptibles de justifier un licenciement, le cas échéant pour motif grave, lorsqu'ils sont publics<sup>275</sup>. Une lettre ouverte comportant des éléments injurieux à l'égard des administrateurs est par exemple constitutive de faute<sup>276</sup>, de même qu'un affichage de document en des termes orduriers<sup>277</sup>. Le dénigrement de l'employeur auprès de la clientèle est lui aussi fautif<sup>278</sup>. L'appréciation du caractère public ou privé de l'expression litigieuse peut se révéler particulièrement malaisée s'agissant des *propos tenus sur Facebook*, compte tenu du caractère « hybride » de ce réseau social. Notre contribution n'a pas pour objet d'aborder globalement cette question (qui pose de nombreuses difficultés par exemple en termes de vie privée ou de licéité de la preuve) et se limitera au seul examen de la liberté d'expression dans ce cadre<sup>279</sup>. La Cour de Strasbourg n'a pas encore eu l'occasion de se pencher sur la question, ni sous l'angle de l'article 10, ni sous celui de l'article 8. Il serait envisageable, à cet égard, de distinguer selon les paramètres de confidentialité choisis par le

titulaire de la page sur laquelle les messages litigieux ont été postés, et selon l'ampleur de sa liste d'« amis »<sup>280</sup>.

77. Un arrêt rendu le 8 janvier 2013 par la cour du travail de Bruxelles<sup>281</sup>, nous paraît particulièrement important en ce qu'il aborde, dans le contexte d'un licenciement pour motif grave, la liberté d'expression du travailleur lorsque celle-ci se concrétise par une critique à l'encontre de son employeur<sup>282</sup>. Le travailleur, directeur général Benelux dans une société active dans le domaine des technologies de la communication, avait été licencié pour différents griefs<sup>283</sup>. Nous retiendrons en l'espèce celui de l'insubordination par rapport à ses supérieurs hiérarchiques, qui consistait à avoir nié l'autorité de son employeur en refusant d'exécuter le travail convenu et les ordres qui s'y rattachaient. Selon l'employeur, cette attitude, révélée par un courriel envoyé à l'administrateur délégué, était constitutive d'insubordination, et il était inacceptable que l'intéressé remette systématiquement en question l'opportunité des décisions prises par les administrateurs, décisions qu'il était chargé de mettre en œuvre dans l'entreprise. Le travailleur avait en fait, dans son e-mail litigieux, exprimé son opposition au transfert de certaines tâches à des employés de la filiale française et refusé de collaborer à ce transfert, et émis des critiques sur les décisions prises concernant la gestion financière et commerciale de la société. Non seulement le motif grave n'est pas reconnu, mais, en outre, dès lors que le travailleur a en fait été victime d'un licenciement repréaillies, notamment parce qu'il s'est borné à défendre son droit au maintien de ses conditions de travail et à exercer son droit de critique, et qu'il avait vu ses conditions de travail modifiées unilatéralement et de manière importante par son employeur, le travailleur a subi un préjudice moral que la Cour évalue *ex aequo et bono* à 1.500 €.

Dans la recherche de l'équilibre à trouver entre, d'une part, la liberté du travailleur de s'exprimer, garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 19 de la Constitution, et, d'autre part, ses obligations à l'égard de l'employeur fondées sur les

271. Cour eur. D.H., *Carstea et Grecu c. Roumanie*, Décision sur la recevabilité, 21 septembre 2004.

272. Trib. trav. Charleroi, 14 mars 1999, *Chron. D.S.*, 1999, p. 514, note; C. trav. Liège, 27 mars 2000, inéd., R.G. n° 27.549/98.

273. C. trav. Bruxelles, 30 mars 1990, *J.T.T.*, 1990, p. 441. C. trav. Bruxelles, 8 mai 1996, *J.T.T.*, 1996, p. 443.

274. C. trav. Bruxelles, 30 mars 1990, *J.T.T.*, 1990, p. 441.

275. Trib. trav. Bruxelles, 9 juillet 1985, *J.T.T.*, 1985, p. 47.

276. C. trav. Liège, 11 janvier 2005, inéd., R.G. n° 31.962/2003.

277. C. trav. Liège, 15 mars 2001, inéd., R.G. n° 28.328/99.

278. C. trav. Liège, 15 mai 2000, inéd., R.G. n° 27.12698.

279. Voy. aussi: K. ROSIER et S. GILSON, « La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et à l'influence des réseaux sociaux. L'employeur est-il l'ami du travailleur sur Facebook? », *op. cit.*, pp. 391-444; C. PREUMONT, *op. cit.*, pp. 353-360.

280. Sur cette question, on lira K. ROSIER, « Note d'observation. Réflexion sur le droit au respect de la vie privée et de la liberté d'expression sur Facebook dans le cadre des relations de travail », *R.D.T.L.*, n° 46/2012, pp. 90 et s., qui commente les différentes décisions belges reprises ici.

281. C. trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, R.G. n° 2011/AB/653, *Chron. D.S.*, 2014, p. 165, note S. GILSON et F. LAMBINET, « Quand le travailleur qui critique son employeur franchit-il le Rubicon? ».

282. Sur ce sujet également, voy. F. LAMBINET, « Les limites du droit de critique du travailleur salarié », note sous C. trav. Liège (sect. Namur), 11 juin 2013, *B.S.J.*, 2014.

283. On remarquera incidemment, de manière anecdotique, que parmi les motifs avancés, figure une « absence de prise de responsabilité » en qualité de *General Manager* vis-à-vis du service clientèle consistant notamment dans l'absence de communication du numéro de GSM dans la signature mail...

articles 17, 2°, de la loi du 3 juillet 1978 et 1134, alinéa 3, du Code civil<sup>284</sup>, la cour du travail examina si les ordres auxquels se rapportaient les critiques du travailleur étaient légitimes et si ces critiques dépassaient les limites, admissibles dans un contexte de subordination, de la liberté d'expression. Il en ressort que :

a) *La critique ne serait pas fautive dès lors qu'elle vise un ordre illégitime*

À propos de l'opposition du travailleur à la décision de transférer certaines tâches qui lui incombait jusque-là, la Cour s'est bornée, pour conclure à l'absence de toute faute dans son chef, à constater que le transfert en question aurait pour conséquence de le dépouiller d'une partie importante de ses responsabilités, à tel point que sa position de directeur général chargé de la gestion journalière était fortement mise en péril par la décision de procéder à ce transfert, de telle sorte que cette décision était contraire aux termes du contrat de travail par lequel le travailleur s'était vu confier ce poste et ces responsabilités. La Cour consacre donc le fait que le travailleur est en droit de faire valoir ses droits et de résister à un ordre illégitime. L'opposition du travailleur dans ces conditions ne constitue certainement pas une faute. L'employeur aurait été en droit, en l'espèce, de tirer les conséquences de la réorganisation qu'il voulait initier, mais certainement pas de licencier le travailleur pour motif grave ou de lui imposer unilatéralement une modification de ses fonctions.

Il est possible de considérer que l'ordre, pour être légitime, doit d'abord porter sur une matière à laquelle s'étend l'autorité de l'employeur, ce qui nous rappelle fort adéquatement que le travailleur loue sa force de travail, en théorie, pour une tâche déterminée dans le cadre d'un horaire défini. Certes, l'exécution de bonne foi du contrat de travail implique que puissent être envisagées également toute une série d'obligations connexes, qui doivent pouvoir être respectées en dehors de cet horaire de travail, voire même après la fin de l'exécution du contrat, notamment les obligations de confidentialité, l'interdiction de concurrence déloyale, etc. Il n'en demeure pas moins qu'en théorie, l'employeur n'a pas de compétence pour donner des ordres à un travailleur sur des sujets qui n'ont pas

284. Arrêt commenté, 11<sup>e</sup> feuillet. Voy. à ce sujet S. GILSON et F. LAMBINET, *La liberté d'expression du travailleur salarié*, Limal, Anthemis, Les dossiers du B.S.J., 2012; C. PREUMONT, « Les médias sociaux à l'épreuve du droit du travail », *J.T.T.*, 2011; V. JUNOD, « La liberté d'expression du whistleblower », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 227 et s.; en matière de « sonneur de tocsin », voy. C. trav. Liège, 15 mai 1995, *Chron. D.S.*, 1997, p. 135, note F.K.; C. trav. Bruxelles, 5 novembre 1998, *Chron. D.S.*, 1999, p. 482; C. trav. Liège, 26 novembre 2012, note L. ROTTIERS, *Chron. D.S.*, 2013, p. 173; L. ROTTIERS, *Le sonneur de tocsin : ses origines, son évolution et ses implications en droit sociale belge*, Waterloo, Kluwer, 2012.

trait directement ou indirectement au contrat de travail. Cela implique, en fait, que l'on vérifie toujours si l'ordre a une finalité légitime par rapport à l'exécution normale du contrat. Ensuite, même si c'est le cas, il y aura lieu d'apprécier si cet ordre, qui se situe en quelque sorte dans le champ de compétence matérielle des pouvoirs de l'employeur, est légitime, ce qui devra s'analyser notamment à l'aune de la légalité de l'ordre par rapport aux dispositions de la loi du 3 juillet 1978, mais aussi au prescrit du contrat. Un ordre ne pourrait ainsi pas avoir pour objet de vider de son sens le contrat ou encore aboutir à une situation qui serait contraire aux droits du travailleur. De la même manière que l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 prohibe toute clause qui viserait à alléger les obligations de l'employeur ou alourdir celles du travailleur, il va de soi que les actes unilatéraux de l'employeur, comme par exemple des ordres qui seraient donnés au travailleur, sont soumis à la même limite.

En l'espèce, la Cour ne s'interroge pas sur la question de savoir si, bien que portant sur un ordre illégitime, la critique du travailleur n'avait pas été disproportionnée, parce que, par exemple, les propos tenus auraient été inappropriés, ou la publicité qui leur a été donnée aurait été démesurée. On a en effet tendance à déduire de l'arrêt que dès l'instant où la critique qu'émet le travailleur se rapporterait à un ordre illégitime, cette critique serait légitimée, quelle que soit la façon dont elle a été exprimée. Or, à notre sens, la circonstance que la critique ait pour objectif de s'opposer à un ordre illicite de l'employeur, si elle pèse certainement dans la balance au moment du contrôle de l'exercice de la liberté d'expression du travailleur, ne peut exclure *ipso facto* toute méconnaissance par celui-ci de ses obligations fondées sur les articles 17, 2°, de la loi du 3 juillet 1978 et 1134, alinéa 3, du Code civil.

En effet, selon nous, si guère de place ne devrait être laissée pour des restrictions à la liberté d'expression du travailleur qui s'oppose à un ordre illégal de son employeur, cela n'empêche que le travailleur ne peut exciper de cette illégalité pour tout dire ou tout écrire. Même dans un tel contexte, l'usage du droit à la liberté d'expression n'est pas illimité : celui qui s'exprime doit le faire dans les limites fixées, notamment dans l'intérêt de la « protection de la réputation ou des droits d'autrui », de sorte que les propos véhiculant des critiques inutilement provocantes, par exemple, ne devraient pas bénéficier de la protection offerte par les articles 10 de la C.E.D.H. et 19 de la Constitution. On rappellera à ce sujet que le travailleur et l'employeur se doivent le respect et des égards réciproques. Il n'est donc pas question, pour le travailleur, sauf à le justifier par des propos tenus sous le coup de la colère, d'user du droit de critique pour dénigrer inutilement l'employeur.

b) *La critique n'est pas fautive lorsque, visant des ordres licites, elle n'est pas disproportionnée*

Au sujet de la critique émise par le travailleur sur les décisions prises concernant la gestion financière et commerciale de la société, la Cour a conclu qu'il n'avait « pas dépassé les bornes du droit de critique dont il jouit dans le cadre de sa liberté d'expression, limitée en tenant compte de ses obligations en tant que travailleur salarié », et n'avait donc pas commis de faute, dès lors que sa critique était justifiée, n'avait pas nui aux intérêts de l'entreprise et n'était pas disproportionnée, le travailleur s'étant adressé exclusivement à ses supérieurs hiérarchiques, ne donnant ainsi aucune publicité à son opinion défavorable, et n'ayant pas versé dans l'injure, le dénigrement ni toute autre forme d'excès. L'arrêt commenté relève ainsi les différents critères qui permettent de tracer la frontière entre le droit du travailleur de s'exprimer librement dans le cadre professionnel, fût-ce pour critiquer son employeur, et, d'autre part, l'insubordination, dont le travailleur se rend coupable lorsqu'il tient des propos qui heurtent le pouvoir d'autorité de l'employeur.

Différents critères sont mis en avant par la Cour, qui nous paraissent particulièrement importants.

- *La pertinence de la critique.* La Cour relève, en l'espèce, que la critique du travailleur a été confirmée par un rapport d'audit alarmant du réviseur d'entreprises qui critiquait sévèrement la politique de gestion financière de la société. Une critique justifiée paraît donc pouvoir être plus aisément admise. Cela renvoie évidemment à la distinction, que l'on retrouve dans la jurisprudence européenne, selon que l'expression litigieuse porte sur des « faits » (dont la matérialité peut se prouver) ou sur des « idées » (qui ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude, dès lors qu'un jugement de valeur n'est ni « vrai » ni « faux » : si une opinion peut se révéler excessive, il est toutefois admis que la légitimité d'une ingérence dans l'exercice du droit de s'exprimer librement doit s'apprécier plus rigoureusement dans ce cas, parce que c'est la liberté d'opinion elle-même qui est en jeu ; à l'inverse, la censure sera plus volontiers jugée légitime lorsque l'expression à laquelle elle se rapporte porte sur des « informations », étant entendu que plus l'allégation est sérieuse, plus la base factuelle doit être solide<sup>285</sup>).
- *La préservation des intérêts de l'employeur.* La critique ne doit pas nuire aux intérêts de l'entreprise. En l'espèce, la Cour releva que la critique était même de nature à concourir à la bonne gestion de celle-ci. À cet égard, on notera que la critique sera plus aisément admis-

285. Voy. not. Cour eur. D.H., *Barata Monteiro Da Costa Nogueira et Patricio Pereira c. Portugal*, 11 janvier 2011, § 38.

sible si elle ressort des fonctions de son auteur. On comprend en effet que la critique d'un employé administratif sur la politique financière d'une entreprise apparaîtra moins justifiée si cela ne rentre pas dans ses attributions, au contraire de celle émise par un directeur général chargé de la gestion journalière, qui a évidemment une certaine légitimité à émettre son opinion du fait notamment que sa responsabilité personnelle pourrait être engagée. On peut en effet imaginer que, dans certains cas, des travailleurs qui ont une responsabilité particulière pourraient craindre de se voir reprocher de ne pas avoir alerté l'employeur sur une situation qu'ils considéreraient problématique.

- *La façon dont la critique s'est exprimée.* La critique ne doit pas être disproportionnée. Plusieurs éléments doivent être examinés : il s'agit de tenir compte du mobile de l'auteur des propos, de leur teneur, de leur degré de spontanéité ainsi que de la publicité qui leur a été conférée, etc. Comme le relève la Cour en l'espèce, une expression ferme est tout à fait admissible dès lors que le travailleur ne verse pas dans l'injure, le dénigrement ou toute forme d'excès.

#### Illustrations :

- Dans un jugement mentionné plus haut<sup>286</sup>, le Conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt, qui avait à connaître du licenciement d'une travailleuse pour incitation à la rébellion contre la hiérarchie et dénigrement envers la société sur la page Facebook d'un collègue, a estimé que l'employeur n'avait pas violé le droit à la vie privée de sa salariée, dès lors que le profil Facebook en question était accessible aux « amis des amis » de son titulaire. Quant à la gravité du comportement reproché à la salariée licenciée, les conseillers prud'hommes ont estimé qu'en participant à une discussion dans laquelle un supérieur était dénigré et critiqué, celle-ci avait abusé de son droit d'expression et nuit à l'image de la société, d'autant que les propos litigieux étaient susceptibles d'être lus par des personnes extérieures à l'entreprise.
- La cour du travail de Bruxelles, dans un arrêt du 4 mars 2010<sup>287</sup>, a donné raison à un travailleur protégé qui avait été licencié après avoir tenu des propos critiques et désobligeants à l'égard de son employeur sur la page d'un groupe Facebook portant le nom de son entreprise et accessible à tous. Alors que les faits étaient potentiellement plus graves que ceux abordés par la jurisprudence française, eu égard au fait que le groupe portait le nom de l'entreprise et son logo, et à son caractère public, la juridiction belge en a pris le contrepied, relevant que le travailleur ignorait que le groupe de discussion était ouvert à tout un chacun, tout en notant que bien que les propos litigieux

286. *Supra*, n° 74, note 237.

287. Inéd., R.G. n° 2010/AB/0014.

ne contenaient pas de critiques constructives, étaient peu délicats et irrespectueux, ils ne contenaient ni injure, ni insulte, ni réelle menace.

- Jugé que le travailleur d'une société cotée en bourse qui poste des commentaires critiques et sceptiques au sujet de la politique de l'entreprise sur la partie publique de sa page Facebook a été licencié à bon droit pour motif grave. Il est tenu compte du fait que des personnes autres que ses amis pouvaient prendre connaissance de ces données. La Cour fait application du test Antigone : bien que l'employeur ait enfreint la loi sur les communications électroniques en prenant connaissance de données qui ne lui étaient pas personnellement destinées, celles-ci peuvent tout de même être utilisées à titre de preuve, étant donné qu'il n'a pas été porté atteinte à la fiabilité de la preuve ni au droit à un procès équitable et qu'aucune exigence de forme prescrite à peine de nullité n'a été méconnue<sup>288</sup>.
- Une travailleuse, responsable commerciale d'une filiale d'un groupe avait réagi au licenciement du directeur général de ladite filiale par un courriel à ses supérieurs dans lequel elle manifestait son étonnement quant à cette décision et concluait qu'elle ne pouvait pas comprendre et soutenir celle-ci. Le lendemain, elle transmettait ce courriel à plusieurs personnes, en ce compris des clients et des collaborateurs de l'entreprise. Elle essuiera ensuite plusieurs rappels à l'ordre pour avoir poursuivi ses démarches de soutien au collègue licencié en adressant divers mails publics. La travailleuse avait par ailleurs fait savoir au directeur général qu'elle avait perdu toute motivation et aurait même menacé de saboter commercialement la société si celle-ci ne mettait pas fin à son contrat de travail. À la suite de divers incidents qui s'ensuivirent, constituant, selon la société, « la mise en œuvre du sabotage dont [la travailleuse avait] menacé la société », l'intéressée enverra un dernier courriel, avec copie à de nombreux collaborateurs et clients, dans lequel elle critiquait à nouveau la direction, qui, cette fois, la licencia pour motif grave. La cour rappelle que si le droit à la critique est ouvert, c'est cependant dans certaines limites que l'employé subordonné ne doit pas franchir, faute de quoi il peut se rendre coupable d'insubordination. Or, en l'espèce, il fallait constater que la travailleuse avait fait preuve d'une insubordination répétée malgré les mises en garde et application d'une sanction disciplinaire qui aurait dû l'amener à plus de réserve. Pour la cour, de la part de la responsable commerciale, une telle attitude était inacceptable, d'autant plus que le fait à l'origine de l'emportement de la travailleuse n'était pas un fait répréhensible qui aurait pu lui assurer une certaine protection liée au respect de la liberté d'expression, mais une mesure privée

prise à l'égard d'un membre du personnel et dont surabondamment la motivation n'avait pas été rendue publique et n'avait pas à l'être, de sorte qu'elle ne pouvait nuire à son destinataire et donc ne justifiait pas une mise au point publique. Selon la cour, l'attitude provocatrice de la travailleuse tendait à conclure que ce n'était pas l'intérêt général qu'elle poursuivait, mais qu'elle avait fait du licenciement de son supérieur un conflit personnel qu'elle avait alimenté plus que de raison. La cour conclut, dans ce contexte, au bien-fondé du licenciement pour motif grave<sup>289</sup>.

- Dans un arrêt du 14 juillet 2014, la cour du travail de Bruxelles<sup>290</sup> se penchait sur la situation d'une travailleuse engagée par une société automobile en qualité de responsable de la communication interne, ressources humaines. Le 4 mai 2009, la travailleuse informe l'entreprise de son état de grossesse et le 11 mai, elle est licenciée sans préavis ni indemnité, le motif du licenciement pour motif grave consiste pour l'essentiel à avoir publié sur son profil Twitter un message en anglais dans lequel la travailleuse explique qu'elle déteste la société qui l'emploie et tout ce qu'elle représente car il y aurait un manque de respect des personnes dans le cadre de cette société. La cour se penche sur les circonstances dans lesquelles le tweet a été posté : la travailleuse se trouvait en incapacité de travail depuis plus de 7 mois, elle était enceinte depuis peu. Elle invoque son état de grossesse, sa dépression nerveuse, un changement de médication pour soutenir qu'elle se trouvait dans une situation de faiblesse momentanée. La cour va retenir en l'espèce que dès lors que l'employeur n'était pas informé de l'état de santé, hormis le fait qu'elle était en incapacité de travail, il ne pouvait pas être tenu compte d'un état de faiblesse pour atténuer sa responsabilité. Dans le cadre de cette incapacité, un membre du département des ressources humaines s'est aperçu que plusieurs certificats médicaux successifs portaient la même date et couvraient des périodes successives. C'est la raison pour laquelle il a été dans les instructions afin de vérifier les originaux pour voir leur authenticité et leur validité. La travailleuse a reçu par erreur copie de cet échange entre les membres des ressources humaines et en a pris ombrage estimant être accusée d'avoir remis de faux certificats. Elle a donné son explication et des excuses lui ont été adressées le même jour mais entretemps, elle avait posté son tweet dans un mouvement d'humeur, parce qu'elle se sentait accusée à tort d'avoir remis de faux certificats médicaux alors qu'il était légitime pour l'employeur de s'en inquiéter. Ainsi la cour relève que la colère de la travailleuse n'était

288. C. trav. Bruxelles, 3 septembre 2013, R.G. n° 2012/AB/104.

289. F. LAMBINET, « Les limites du droit de critique du travailleur salarié », note sous C. trav. Liège (sect. Namur), 11 juin 2013, *B.S.J.*, Larcier, 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1668.

290. R.G. n° 2012/AB/1126.

pas raisonnablement justifiée. La travailleuse prétend qu'elle n'avait pas connaissance du caractère public des messages postés sur Twitter et qu'elle avait publié le tweet en question uniquement à l'intention de ses amis ou des membres de sa famille. La Cour estime que cette affirmation n'est pas crédible car en tant que spécialiste de la communication, elle ne pouvait ignorer que le tweet était accessible au public, de sorte que le message ne relève pas exclusivement de la vie privée. Or, le contenu de ce tweet manifeste expressément l'absence de respect envers l'employeur et surtout porte atteinte à l'image publique par l'affirmation de haine des personnes qui est colportée à charge de l'employeur. La Cour estime dès lors que la liberté d'expression dans ce cadre doit être pondérée avec l'obligation de loyauté et qu'en l'espèce, la fonction de la travailleuse revêtait une importance toute particulière du fait de sa responsabilité dans le cadre de la communication externe à l'entreprise et notamment sur la réputation dans les médias sociaux. C'est dans ce cadre que la Cour estime que c'est à bon droit que l'entreprise a licencié la travailleuse pour motif grave.

78. En conclusion, est-il critiquable, pour le travailleur, de s'ouvrir au sein d'un réseau social dans un profil fermé, ouvert seulement à des amis, des difficultés qu'il rencontre avec son employeur ? Nous ne le pensons pas. Le travailleur a, évidemment, comme tout un chacun, un droit de critique modéré dès lors qu'il ne porte pas atteinte inutilement et de manière inconsidérée à l'honneur et à la réputation d'autrui. C'est d'autant moins problématique qu'aucune publicité n'est donnée à ses propos. Le dénigrement sur Facebook présente-t-il une particularité à ce sujet ? Oui, le risque du passage d'une expression initialement privée à la sphère publique. Les paramètres de confidentialité d'un compte Facebook étant modifiables à tout moment, avec un effet en quelque sorte rétroactif – puisque toutes les informations du profil, y compris celles diffusées antérieurement, subiront la modification de publicité –, des propos publiés à un moment où le mur d'un utilisateur n'était ouvert qu'à ses contacts peuvent tout à coup devenir publics. De même, rien n'empêche l'un des amis virtuels de celui qui s'exprime en privé de copier ses propos et de les diffuser largement. Un problème supplémentaire se pose : jusqu'à quand un cercle d'amis virtuels doit-il être vu comme un cercle « privé » ? Les propos litigieux devront-ils être appréhendés de la même manière si celui sur la page de qui ils sont postés a dix amis ou s'il en a deux mille ? D'autre part, faut-il tenir compte de la circonstance que des clients de l'entreprise figurent parmi les contacts du travailleur qui s'est épanché sur Facebook ? En sachant que si ce n'est pas le cas aujourd'hui, cela peut l'être demain...

## B. La collecte de la preuve sur les réseaux sociaux

### 1. Une perte de toute protection de la vie privée ?

79. Au terme d'une longue analyse de la question<sup>291</sup> à laquelle nous nous référons, nous sommes arrivé, très schématiquement, à la conclusion que :

- si des informations sont publiées sur le mur Facebook et que celui-ci est accessible à tout un chacun du fait des paramètres d'accessibilité décidés par l'utilisateur, l'information est publique. Il en va de même si l'accessibilité est possible aux amis des amis du titulaire. Les informations réservées aux seuls amis seraient quant à elles privatives sauf si le nombre d'amis était trop nombreux.... Dans l'hypothèse de caractère public, il n'y a *a priori* pas de difficultés de collecte des données même si l'employeur les a obtenues d'un « ami » du travailleur. Dans l'hypothèse, par contre, où il s'agit de courriers électroniques émis via un système de messagerie sur les réseaux sociaux et que l'employeur n'est pas lui-même le destinataire de la communication, les informations seraient alors protégées par la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques<sup>292</sup> ;
- selon nous, la simple recherche et consultation de données sur internet n'implique l'existence d'un traitement de données dans le chef de l'auteur de cette recherche. Conceptuellement, on peut, en effet, intégrer cette opération dans un autre traitement, à savoir celui qui est mis en œuvre par la personne qui met les pages et informations consultées en ligne ;
- il nous semble raisonnable et conforme à l'esprit de la loi de considérer que l'internaute qui consulte les données à caractère personnel mises en ligne est un destinataire des données traitées au sens de la loi du 8 décembre 1992<sup>293</sup> et non un nouveau responsable de traitement. Ceci ne préjuge toutefois pas du fait qu'un nouveau traitement de données soit mis en œuvre par ce dernier s'il ne collecte ces informations pour les intégrer dans un nouveau traitement ;
- il résulte de ce qui précède que la loi du 8 décembre 1992 ne fait donc pas *a priori* obstacle à ce que les employeurs ou recruteurs recherchent sur les réseaux sociaux des informations mises en ligne relatives à des

291. Voy. à ce sujet : S. GILSON et K. ROSIER, « La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et l'influence des réseaux sociaux. L'employeur est-il l'ami du travailleur sur Facebook ? », in *La vie privée au travail* (M. VERDUSSEN et P. JOAS-SART dir.), Limal, Anthemis, p. 59.

292. Voy. à ce sujet égal. : H. DECKERS, « Facebook et motif grave », *Chron. D.S.*, 2013, p. 114.

293. « Par "destinataire", on entend la personne physique, la personne morale, l'association de fait ou l'administration publique qui reçoit communication de données, qu'il s'agisse ou non d'un tiers [...] » (L. 8 décembre 1992, art. 1, § 7).



candidats à l'embauche ou à des travailleurs. On retiendra de ce qui précède que la législation sur l'application de la loi sur la protection des données à caractère personnel ne crée pas d'obstacle majeur à l'utilisation de données diffusées par des personnes sur internet et les concernant.

Incidemment, il ne faut pas oublier non plus que le droit ne résout pas tout. Ainsi, si des informations sont collectées sur le candidat à l'embauche par exemple en googlisant son nom comme cela se fait fréquemment, et que de ce fait il n'est pas embauché, il peut être rappelé dans la Convention collective de travail n° 38 le droit au respect de la vie privée ainsi que le droit à la non-discrimination mais dans les faits, il n'aura pas été engagé et il lui sera très difficile d'apporter la preuve d'une violation de sa vie privée ou d'une discrimination à l'embauche... Du reste, dans un certain nombre de cas, le préjudice relève de la violation de la vie privée elle-même et n'est pas susceptible d'être réparé par l'application des règles juridiques, si ce n'est de manière fort imparfaite. La meilleure façon de protéger sa vie privée est donc d'emblée de ne pas la divulguer...

80. On peut se demander dans quelle mesure le principe-même de diffuser des informations sur internet n'entraîne pas dans le chef de la personne concernée une nécessaire acceptation d'un risque que cette information circule et puisse être communiquée à des personnes à qui elle n'était pas initialement destinée. Cela paraît évident à tout le moins dans le cadre de profils ouverts ou lorsque le nombre de personnes pouvant potentiellement en prendre immédiatement connaissance est tellement important que tout contrôle sur ces informations devient irréaliste. On peut relever en ce sens qu'au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine des communications, le fait que la personne concernée puisse légitimement s'attendre à ce que des informations la concernant restent privées entre en ligne de compte pour reconnaître ou non une protection à ces informations. Pour évaluer si certaines informations relèvent ou non de la notion de vie privée, la Cour européenne des droits de l'homme examine en effet à titre préalable si la personne concernée pouvait se prévaloir de l'existence d'une légitime croyance du fait que certaines informations conservaient un caractère privé. Dans un arrêt *Peev* précité, la Cour rappelle sa jurisprudence à cet égard : « Dans l'affaire *Halford c. Royaume-Uni* elle a jugé que des appels téléphoniques passés par une femme policier à partir de locaux de la police étaient compris dans la notion de "vie privée" du fait que l'intéressée "pouvait raisonnablement croire au caractère privé" de ces appels (*Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, §§ 44 et 45, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-III). C'est aussi sur la base du critère précité que la Cour a conclu que le fait de filmer secrètement une personne dans les locaux de la police constituait une atteinte à sa vie privée (*Perry c. Royaume-Uni*,

n° 63737/00, §§ 36-43, CEDH 2003-IX). La Cour a également fait référence à ce critère dans d'autres affaires (*P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 44787/98, § 57, CEDH 2001-IX; *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, § 58, CEDH 2003-I; et *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00, § 51, CEDH 2004-VI) »<sup>294</sup>. On relèvera encore que, dans l'arrêt *Copland* précité, la Cour avait constaté que « N'ayant pas été prévenue que ses appels risquaient d'être surveillés, la requérante en l'espèce pouvait raisonnablement croire au caractère privé des appels passés depuis son téléphone professionnel (...). Il en va de même pour ses messages électroniques et ses connexions à des sites Internet »<sup>295</sup>. Sur la base de ce critère, la personne qui diffuse des informations la concernant sur des pages web accessibles à tous ne pourrait invoquer qu'elle escomptait que ces informations soient protégées au titre du droit au respect de la vie privée.

81. Par ailleurs, une autre approche du problème nous semble également devoir faire prévaloir une solution allant dans le même sens. À notre estime, on pourrait analyser le phénomène de diffusion d'informations sur internet comme une forme de publication d'informations en ligne. Dès lors qu'une personne publie des informations sur internet la concernant et diffuserait des faits de sa vie privée, elle pourrait en perdre la disposition<sup>296</sup>. Il sera alors, le cas échéant, question de protection de ces informations par le droit d'auteur, les personnes ne faisant que « citer » des écrits publiés sur le web. On constate d'ailleurs, dans un même ordre d'idées, que la jurisprudence belge la plus récente considère que les infractions telles que la diffamation ou la calomnie pour des propos tenus sur internet relèvent du *délit de presse*<sup>297</sup>.

82. Enfin, une autre analyse pourrait se faire en termes de *renonciation* : ne doit-il pas être considéré – même si cela ne doit pas être présumé – que le travailleur renonce dans ce cas à la protection qui lui est offerte ? Si, en droit interne, l'association des droits de l'homme avec le concept d'ordre public est fréquente<sup>298</sup> (les droits de l'homme sont indérogeables et ne peuvent faire l'objet de renonciation car ils sont « ina-

294. Cour eur. D.H., arrêt *Peev*, 26 juillet 2007, n° 38, <http://www.echr.coe.int/echr/>.

295. Cour eur. D.H., arrêt *Copland*, 3 avril 2007, n° 42, <http://www.echr.coe.int/echr/>. Voy. à cet égard : F. KÉFER et S. CORNELIS, « L'arrêt *Copland* ou l'espérance légitime du travailleur quant au caractère privé de ses communications », *R.T.D.F.*, 2009, p. 785.

296. Voy. en ce sens les réflexions de Fr. RIGAUX sur la divulgation de faits relatifs à la vie privée dans des interviews (Fr. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1990, pp. 399-400).

297. Q. VAN ENNIS, « Le "délit de presse" sur l'internet : seul le jury populaire est compétent pour sanctionner pénalement le "chien de garde" qui aurait crié au loup... », *J.T.*, n° 6405, 2010, p. 506.

298. P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 486.

liénables et sacrés »<sup>299</sup>, extra-patrimoniaux<sup>300</sup> indépendamment d'une quelconque référence à l'ordre public<sup>301</sup>), une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, telle celle menée par P. Frumer, démontre qu'est inexacte l'idée que l'appartenance éventuelle de la C.E.D.H. à l'ordre public, et même à un ordre public européen, fasse nécessairement obstacle à la possibilité d'une renonciation<sup>302</sup> même si la Cour européenne des droits de l'homme estime que la nature de certains droits reconnus par la Convention fait effectivement obstacle à une renonciation<sup>303</sup>. Dans un contexte de travail, pourrait se poser la question du libre consentement à une telle renonciation mais, dans un contexte de pur loisir, rien n'oblige le travailleur à agir ainsi.

83. Nous en retiendrons donc que lorsque des faits ou informations relatifs à la vie privée sont portés à la connaissance de tout un chacun (sur un blog, dans un profil « public »), la personne concernée ne serait plus à même de se prévaloir de son droit au respect de sa vie privée pour s'opposer à ce qu'un employeur par exemple en fasse usage dans la relation de travail. Ces considérations nous amènent à penser que si une personne diffuse des informations relatives à sa vie privée sur un support consultable de manière libre par un nombre plus ou moins important de personnes, elle ne pourra plus revendiquer la protection de l'article 8 de la C.E.D.H., et ce indépendamment du fait que ces données eussent ou non pu être tenues à l'origine comme confidentielles. Tout est évidemment question de mesure, un courriel adressé à trois personnes demeure une correspondance. Une lettre ouverte n'est plus tout à fait la même chose... Le nombre de correspondants n'est d'ailleurs pas décisif. On peut prendre comme illustration de ce principe, la diffusion d'informations relevant de la vie privée dans le cadre d'un journal. Il importe peu qu'il s'agisse d'un journal national ou d'un journal des anciens d'un établissement scolaire qui connaît une diffusion plus limitée dès lors qu'en livrant l'information, la personne concernée doit s'attendre à ce que des tiers en prennent connaissance et puissent en faire état dans d'autres contextes.

#### Illustrations:

- Dans un jugement du 17 novembre 2011<sup>304</sup>, relatif à la situation d'un travailleur qui postait régulièrement sur son mur Facebook, accessible à tous, des commentaires négatifs sur la santé financière de son

employeur, le tribunal du travail de Louvain a considéré que la page Facebook en question ne relevait pas de la vie privée du travailleur.

- Dans un jugement du 15 novembre 2011<sup>305</sup>, la cour d'appel de Besançon, appelée à trancher un litige lié à un message posté par un salarié sur le mur Facebook d'un ancien directeur de la société qui l'employait, a relevé que ce réseau a pour objectif de créer entre ses différents membres un maillage relationnel destiné à s'accroître de manière exponentielle, de sorte qu'il devrait être nécessairement considéré, au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace public. Elle a donc estimé qu'en l'espèce, les propos du travailleur, adressés non pas directement à son ancien collègue mais publiés sur son mur Facebook, revêtaient un caractère public.
- Dans un jugement du 10 janvier 2011<sup>306</sup>, relatif à un message à connotation raciste posté par une travailleuse sur son mur Facebook à l'adresse d'une de ses collègues, le tribunal du travail de Namur a estimé que le message en question ne revêtait pas un caractère privé, notant par ailleurs que son contenu ne ressortissait pas de la sphère privée de son auteure mais concernait des relations de travail conflictuelles avec un autre membre du personnel. On se permettra toutefois de relever que la question du contenu du message est tout à fait distincte du contexte de son envoi. Quant à la question de savoir si le message litigieux justifiait le licenciement de la travailleuse, le tribunal a, pour répondre par la négative, considéré que si les propos tenus sont en principe inadmissibles, ils pouvaient néanmoins s'expliquer en l'espèce par une certaine exaspération voire une forme de provocation.

## 2. Vers une nouvelle philosophie « contextuelle » de la protection de la vie privée ?

84. Ceci dit, d'autres pistes pourraient être envisagées pour appréhender le problème. Nous songeons à une approche contextuelle de la diffusion d'informations qui pourrait déboucher sur le constat d'une obtention déloyale d'éléments d'informations. La personne qui fait figurer sur son profil Facebook ou LinkedIn (mais voy. la nuance *infra* sur ce dernier réseau social) par exemple, des informations relatives à sa vie privée le fait dans un contexte; ce contexte à une finalité sociale particulière. Il pourrait être soutenu que cette finalité serait détournée si les informations devaient être utilisées dans d'autres buts. Ce raisonnement

299. G. GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation en droit civil (Étude parallèle du droit français et du droit hellénique)*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 50.

300. *Ibid.*, p. 76.

301. En faveur de cette thèse: G. GRAMMATIKAS, *ibid.* pp. 50-51.

302. P. FRUMER, *op. cit.*, p. 505.

303. *Ibid.*, pp. 260-261.

304. Trib. trav. Louvain, 17 novembre 2011, inéd., R.G. n° 10/2215/A.

305. Inéd., R.G. n° 10/02642, cité in O. RUCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée dans la relation de travail*, *op. cit.*, 2012.

306. Trib. trav. Namur, 10 janvier 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 462; C. trav., Bruxelles, 4 mars 2010, *Chron. D.S.*, 2011, p. 396.

peut d'ailleurs être rapproché de la philosophie sous-jacente à la législation sur la protection des données à caractère personnel qui participe à la protection de la vie privée dans le contexte des traitements de données. Nous avons épinglé le fait que, sous l'angle de cette législation, la personne qui diffuse les données peut en limiter la réutilisation à certaines fins. Cette approche ne peut toutefois faire l'économie d'une appréciation au cas par cas. Dès lors que la diffusion de l'information peut être tellement large et la finalité de « socialisation » tellement vague, on ne verrait pas quel serait le contexte restreint et limité dans lequel ces informations auraient été données. L'appréciation peut dépendre, notamment, des paramètres de confidentialité et du type de profil. On pourrait comprendre, par exemple, que la finalité ou le contexte des informations qui sont communiquées sur un profil d'un individu et dont les données ne sont accessibles qu'aux seuls « amis » soit envisagé autrement qu'un profil orienté sur les activités professionnelles de son titulaire (du type profil sur *LinkedIn*) ou un profil ou le nombre de destinataires des informations est indéterminé (profil ouvert aux amis des amis du titulaire du profil). Toujours est-il que cela laisse la porte ouverte à une protection de certaines informations, qu'elles soient ou non confidentielles, et restreignant l'exploitation qui pourrait en être faite, et ce quand bien même l'employeur en a pris connaissance de manière licite.

### 3. Le havre de paix des communications ?

85. Une autre approche consiste à envisager que les échanges d'informations sur des profils fermés comme relevant de la correspondance entre des individus. Comme le relève B. Docquir, « la notion de correspondance au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est certes pas limitée aux lettres missives. Elle recouvre au contraire toute forme de communications, qu'elles soient orales ou écrites, et quel que soit le moyen de communication utilisé [...] »<sup>307</sup>. On pourrait concevoir des communications échangées sur une plateforme de réseau social comme une forme de correspondance entre différentes personnes.

Le principe retenu dans le cadre de la correspondance du courrier entre citoyens est qu'un tiers ne peut prendre connaissance du courrier sans l'accord du destinataire. Si le courrier est confidentiel, l'accord de l'expéditeur sera également indispensable<sup>308</sup>.

307. B. Docquir, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 76. Voy. égal. en ce sens : P. DE HERT, Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch Recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie, Gand, Mys & Breesch, 1998, pp. 322-324.

308. B. Docquir, *Le droit de la vie privée*, op. cit., p. 78 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd. par J.-P. Masson, n<sup>os</sup> 41 et s.

Dans un arrêt du 23 mars 2003, la cour du travail de Liège a défini la correspondance comme un « échange épistolaire confié à la poste ou à un organisme chargé de la distribution du courrier ». Elle souligne que le principe de l'inviolabilité des lettres sanctionné à l'article 29 de la Constitution et 460 du Code pénal vaut à l'égard des autorités publiques mais qu'une fois la lettre remise à destination, ce sont les principes du droit privé qui garantissent le secret des correspondances vis-à-vis des citoyens entre eux. Les principes invoqués sont ceux du droit de la responsabilité, du droit au respect de la vie privée ou encore du droit de propriété du destinataire de la lettre<sup>309</sup>. La cour en retient que la lettre en tant que message écrit adressé par une personne à une autre en vue de lui faire une communication est protégée mais sur la base, non du principe de l'inviolabilité des lettres, mais sur celle des principes de droit privé liés au respect de la vie privée<sup>310</sup>.

La cour du travail de Liège a, dans un arrêt du 25 avril 2002, appliqué cette même exigence de respect de la vie privée à l'égard d'un carnet destiné à consigner les observations confidentielles d'un patient et de son psychologue<sup>311</sup>. La cour avait considéré que le respect de la vie privée englobait tout écrit confidentiel, même si le carnet en question ne pouvait être qualifié de correspondance au sens de l'article 29 de la Constitution et de l'article 460 du Code pénal. La protection de la correspondance s'adresse cependant aux courriers confidentiels et non aux courriers d'entreprise. Il appartient au juge de déterminer si un courrier est ou non confidentiel<sup>312</sup>.

86. On peut concevoir que certains échanges, tout en ne pouvant être qualifiés de communications électroniques au sens de la loi, puissent être envisagés comme une forme de correspondance réalisée à travers de nouveaux supports que sont certaines plateformes de réseau sociaux. Ce type de support serait donc un support médian entre une communication au public (page internet classique tel un blog) telle la lettre ouverte publiée dans un journal, et une communication épistolaire classique entre deux personnes. Dans ce cas et au regard des principes rappelés ci-avant, tant la communication de l'information par un des destinataires et que son exploitation par le destinataire pourraient être restreints si le contenu des communications revêt un caractère *confidentiel*.

309. B. Docquir, *Le droit de la vie privée*, op. cit., pp. 77-78.

310. C. trav. Liège, 23 mars 2004, *Rev. rég. dr.*, 2004, p. 73.

311. C. trav. Liège, 25 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 107 ; *Rev. rég. dr.* 2002, p. 266, note F. LAGASSE.

312. H. BUYSSENS, op. cit., 1999, p. 17.

## Section 4

La licéité des preuves recueillies en violation du droit au respect de la vie privée<sup>313</sup>

## A. La révolution « Antigone »

87. Lorsqu'on pense ingérence dans la vie privée et procédure, on ne peut plus faire l'impasse sur la question de l'incidence d'une violation du droit au respect de la vie privée commise dans le recueil de la preuve sur la recevabilité de celle-ci en justice.

La règle antérieurement admise était, tant en matière civile qu'en matière pénale, le principe de l'exclusion des preuves illégales et irrégulières<sup>314</sup>. Elle émanait de la jurisprudence dès lors que la loi ne réglait pas le sort à réserver aux preuves illicites, sauf certains cas où le non-respect de formalités était sanctionné de nullité. La Cour de cassation avait, en effet, dans un arrêt du 10 décembre 1923 (arrêt *Recloux*), arrêté le principe selon lequel on ne peut utiliser comme preuve un élément qui est le fruit d'une illégalité commise<sup>315</sup>. La preuve doit être alors considérée comme nulle<sup>316</sup>.

88. La Cour de cassation a progressivement assoupli sa jurisprudence en matière d'écartement des preuves irrégulièrement recueillies, en matière pénale dans un premier temps. Dans son arrêt *Antigone* du 14 octobre 2003<sup>317</sup> rendu en matière pénale, la Cour de cassation opère un renversement de la règle de l'exclusion des preuves recueillies illicitement. Elle admet que le juge puisse avoir égard à des preuves recueillies illicitement sauf dans les cas suivants : lorsque le respect de certaines

conditions de forme est légalement prescrit à peine de nullité ; lorsque l'irrégularité commise entache la crédibilité de la preuve ; lorsque l'usage de cette preuve est contraire au droit à un procès équitable. Il s'agit des trois critères ou hypothèses de rejet automatique de la preuve qui ont été complétés par une série de circonstances dont le juge peut tenir compte dans son appréciation.

89. Ces dernières années, la jurisprudence *Antigone* s'est développée en droit social après une réticence des juges du fond. Plusieurs juridictions ont ainsi fait application de la jurisprudence *Antigone* dans des litiges en matière sociale<sup>318</sup>. Dans un arrêt du 8 décembre 2010, la cour du travail de Mons mentionne d'ailleurs expressément que « les enseignements issus de cet arrêt du 10 mars 2008 trouvent à s'appliquer dans le cadre d'un litige relatif à la rupture de relations contractuelles entre un travailleur et son employeur. Il n'y a en effet pas lieu de considérer que ces enseignements seraient limités au contentieux de la sécurité sociale »<sup>319</sup>. Il est toutefois à noter que cette position a été rejetée par la deuxième chambre de la cour de travail de Bruxelles dans un arrêt du 7 février 2013<sup>320</sup> dans un litige qui opposait employeur et employé à propos de la production d'un courriel privé dont la cour considérait qu'il avait été obtenu de manière irrégulière.

B. L'impact de la jurisprudence *Antigone* sur le droit au respect de la vie privée

90. Les conséquences de cette application plus systématique de la jurisprudence en matière de protection du droit au respect de la vie privée sont multiples.

Tout d'abord, on peut faire le constat que confier au juge du fond le soin de déterminer *a posteriori* le sort à réserver à une preuve obtenue de manière irrégulière selon des critères somme toute malaisés à appliquer en matière civile ne joue pas en faveur de la sécurité juridique. Il est d'ailleurs difficile de dégager dans la jurisprudence rendue à ce jour en matière sociale des lignes claires dans la manière d'appliquer la juris-

313. Cette section reprend des passages issus de la publication suivante : K. ROSIER, « Droit social et recevabilité de la preuve : quelques réflexions sur l'évolution de la jurisprudence en la matière », in *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 43-77. Sur cette question, il est possible également de se référer notamment à :

– S. GILSON et K. ROSIER, « La preuve en droit du travail », *Or.*, avril 2007, pp. 1 à 17 ;

– S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit social », in *La preuve, questions spéciales* (Fr. KURY et D. MOUGENOT dir.), CUP, Liège, Anthemis, 2008, pp. 179 et s. ;

– S. GILSON, K. ROSIER, A. FRANKART et M. GLORIEUX, « La preuve du motif grave », in *Le congé pour motif grave. Notions, évolutions, questions spéciales* (S. GILSON dir.), Limal, Anthemis, 2011, p. 169 ;

– S. GILSON et K. ROSIER, « La preuve irrégulière : quand Antigone ouvre la boîte de Pandore », commentaires sous Cour eur. D.H. Lee DAVIS, 28 juillet 2009, C.D.S., 2010.

314. Fr. KURY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *J.T.*, 2005, p. 349.

315. Cass., 10 décembre 1923, *Pas.*, I, 1924, p. 66.

316. Fr. KURY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *op. cit.*, p. 349 ; F. KÉFER, « *Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve* », *R.C.J.B.*, 2009, p. 333.

317. Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 14 octobre 2003, R.G. n° P.03.0762.N, www.cass.be, concl. av. gén. DE SWAEF.

318. Voy. not. : C. trav. Mons (2<sup>e</sup> ch.), 14 septembre 2009, *Rev. rég. dr.*, 2008, p. 555 ; C. trav. Gand (sect. Bruges, 2<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 366 ; C. trav. Liège (9<sup>e</sup> ch.), 20 septembre 2010, R.G. n° 2007/AL/34.907, www.cass.be ; *Or.*, n° 9, 2010, note B. PATER-NOSTRE, p. 27 ; *J.L.M.B.*, 40/2010, p. 1899 ; C. trav. Liège (sect. Namur, 13<sup>e</sup> ch.), 8 mars 2011, *Chron. D.S.*, 08/2011, p. 404, note C. trav. Bruxelles (6<sup>e</sup> ch.), 2 mai 2011, inéd., R.G. n° 2009/AB/52260.

319. C. trav. Mons (8<sup>e</sup> ch.), 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note O. RUCKAERT. Dans un arrêt du 26 novembre 2014, la cour du travail de Liège, se rallie à cette position (C. trav. Liège (div. Neufchâteau), 26 novembre 2014, inéd., R.G. n° 2011/AU/24).

320. C. trav. Bruxelles (2<sup>e</sup> ch.), 7 février 2013, *J.T.*, 2013, p. 262, note D. MOUGENOT.

prudence *Antigone*. On identifie toutefois, dans plusieurs décisions, que l'appréciation du critère du droit au respect équitable les amène à effectuer une balance des intérêts en présence<sup>321</sup>.

Par ailleurs, on ne peut nier le fait que la partie qui se trouvera devant le dilemme de produire ou non une preuve irrégulièrement obtenue ne raisonnera sans doute plus de la même manière. Si avant l'application de la jurisprudence *Antigone*, il était essentiellement question de déterminer si la position de celle-ci pourrait être soutenue par une preuve recueillie régulièrement, le calcul est à présent différent, puisqu'une preuve recalée au test de la licéité pourra être reçue au terme du test des trois critères *Antigone*.

Le caractère incertain de la sanction déforce donc d'une certaine manière le droit au respect de la vie privée du travailleur qui s'était invité depuis quelques années dans les débats judiciaires en matière de contrôle des travailleurs. De manière générale, la jurisprudence de ces dernières années révèle à la fois une application plus systématique des dispositions censées protéger le droit au respect de la vie privée du travailleur et une diminution de l'effet de protection de par la généralisation de l'application de la jurisprudence *Antigone*<sup>322</sup>.

91. Il faut également rappeler à cet égard que la Cour européenne des droits de l'homme ne considère pas que la prise en considération d'une preuve ayant été obtenue en violation du droit au respect de la vie privée, consacré à l'article 8 de la C.E.D.H., implique *per se* une violation du droit à un procès équitable<sup>323</sup>, même si la condamnation intervient sur la seule base d'une preuve obtenue en violation de l'article 8<sup>324</sup>. Sur ce point, la Cour opère donc une distinction avec sa jurisprudence en matière de preuves obtenues en violation de l'article 3 de la Convention qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants, aux termes de laquelle elle considère qu'obtenir une preuve sous la torture

rend la procédure inéquitable dans son ensemble<sup>325</sup>. Pour décider que, nonobstant l'existence d'une violation de l'article 8, le procès n'est pas inéquitable, la Cour s'appuie dans ses arrêts sur la constatation du fait que le justiciable a eu la possibilité de contester la preuve produite en justice<sup>326</sup> et/ou que la preuve obtenue en violation de l'article 8 n'est pas le seul élément sur lequel la juridiction s'est fondée pour prendre sa décision, mais qu'il existait d'autres éléments de preuve corroborant la preuve litigieuse<sup>327</sup>. L'existence d'un intérêt public à l'utilisation des éléments de preuve pour la condamnation du justiciable est également parfois évoquée<sup>328</sup>.

92. La position adoptée par la Cour a fait l'objet, dans plusieurs arrêts, d'opinions dissidentes d'un ou plusieurs juges, selon les arrêts<sup>329</sup> et notamment à l'occasion de l'arrêt *Bykov c. Russie* du 10 mars 2009. Le juge Spielmann à l'opinion duquel se rallient quatre autres juges, exprime le regret de l'absence de cohérence dans l'appréhension des violations des dispositions de la convention en ces termes : « La question de l'admission dans le cadre de la procédure pénale des éléments de preuve obtenus en violation de l'article 8 est une question de principe qui aurait mérité une réponse de principe, notamment en ce qui concerne la nécessité d'assurer une cohérence entre le constat de la Cour sur le terrain des deux articles de la convention (ce qui est interdit au regard de l'article 8 ne peut pas être autorisé sous l'angle de l'article 6) et en ce qui concerne la nécessité de souligner l'importance des droits en jeu protégés par l'article 8 (eu égard à la tendance croissante de recourir à des méthodes d'enquête illégales, en particulier dans le cadre de la lutte contre le crime et le terrorisme) »<sup>330</sup>.

L'auteur de cette opinion souligne également l'importance du principe de légalité de la preuve par rapport au caractère équitable du procès : « En l'espèce, la violation de l'article 8 de la Convention constatée par la Cour découle surtout, et découle même exclusivement, de l'absence de légalité de la preuve litigieuse (§ 82 de l'arrêt). Or l'équité qui est visée à l'article 6 de la Convention comporte aussi une exigence de légalité.

321. C. trav. Liège (sect. Namur, 13<sup>e</sup> ch.), 8 mars 2011, *Chron. D.S.*, 08/2011, p. 404, note; C. trav. Mons (8<sup>e</sup> ch.), 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715, *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note O. RIJCKAERT; C. trav. Liège (sect. Namur, 13<sup>e</sup> ch.), 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8.833, *www.cass.be*; C. trav. Liège (9<sup>e</sup> ch.), 20 septembre 2010, R.G. n° 2007/AL/34.907, *www.cass.be* (comm. de B. PATERNOSTRE, in *Or.*, n° 9, 2010, p. 27).

322. K. ROSIER, « Usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail et droit au respect de la vie privée. Chronique de jurisprudence 2009-2011 », *R.D.T.I.*, 2012, pp. 127-146.

323. Voy. not. : Cour eur. D.H., *Khan c. Royaume-Uni*, 12 mai 2000, req. n° 35394/97; Cour eur. D.H., P.G. et J.H. c. *Royaume-Uni*, 25 septembre 2001, req. n° 44787/98; Cour eur. D.H., *Allan c. Royaume-Uni*, 5 novembre 2002, req. n° 48539/99; Cour eur. D.H., *Heglas c. République tchèque*, 1<sup>er</sup> mars 2007, req. n° 5935/02; Cour eur. D.H., *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009, req. n° 4378/02. Voy. S. GILSON et K. ROSIER, « La preuve irrégulière : quand Antigone ouvre la boîte de Pandore », commentaires sous C.E.D.H., Lee DAVIS, 28 juillet 2009, in *Chron. D.S.*, 2010.

324. Cour eur. D.H., *Khan c. Royaume-Uni*, 12 mai 2000, req. n° 35394/97.

325. Voy. not. Cour eur. D.H., *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006, req. n° 54810/01, § 108.

326. Cour eur. D.H., *Khan c. Royaume-Uni*, 12 mai 2000, req. n° 35394/97, § 38; Cour eur. D.H., P.G. et J.H. c. *Royaume-Uni*, 25 septembre 2001, req. n° 44787/98, § 79; Cour eur. D.H., *Heglas c. République tchèque*, 1<sup>er</sup> mars 2007, req. n° 5935/02, § 89.

327. Cour eur. D.H., P.G. et J.H. c. *Royaume-Uni*, 25 septembre 2001, req. n° 44787/98, § 79; Cour eur. D.H., *Heglas c. République tchèque*, 1<sup>er</sup> mars 2007, req. n° 5935/02, § 90.

328. Cour eur. D.H., *Heglas c. République tchèque*, 1<sup>er</sup> mars 2007, req. n° 5935/02, § 91.

329. Voy., à cet égard, N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence "Antigone" sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 331-332.

330. Opinion en partie dissidente du juge Spielmann, à laquelle se rallient les juges Rozaris, Tulkens, Casadevall et Mijovic, sous Cour eur. D.H., *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009, req. n° 4378/02, § 5.

L'équité suppose le respect de la légalité et donc aussi, *a fortiori*, le respect des droits garantis par la Convention dont la Cour assure précisément le contrôle»<sup>331</sup>.

### C. Le droit au respect de vie privée v. le droit de prouver

93. On le voit, la jurisprudence de la Cour européenne en la matière ne s'impose pas comme une évidence, d'autant que l'on rencontre une autre approche de la jurisprudence de la Cour lorsqu'elle met en balance ce que certains auteurs<sup>332</sup> appellent «le droit à la preuve» et le droit au respect de la vie privée. Jacques Van Compernelle<sup>333</sup> relève deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui abordent la question de l'admissibilité de la preuve sous l'angle de la confrontation du droit à la preuve avec le droit au respect de la vie privée<sup>334</sup>. Dans les deux arrêts dont question, la Cour constate que l'ingérence répond à la condition de légalité et de finalité – le droit à la protection des droits et libertés d'autrui –, de sorte que son analyse se porte plus particulièrement sur le respect de la condition de proportionnalité.

La Cour estime que le droit de produire en justice des preuves fait partie intégrante du droit à un procès équitable et peut constituer un motif d'ingérence dans la vie privée d'autrui<sup>335</sup>. Par ailleurs, ce droit à la preuve bénéficie *a priori* du même poids que le droit au respect de la vie privée<sup>336</sup>. Il y a donc une mise en balance à faire entre les deux droits, et ce, au regard des circonstances concrètes de l'espèce. La cour du travail de Liège, division de Neufchâteau fait une application de cette mise en balance dans un arrêt du 26 novembre 2014<sup>337</sup>. Dans ce litige qui avait trait à la régularité du licenciement d'un employé pour usage abusif de l'outil informatique, l'employé invoquait que les preuves recueillies et produites par l'employeur pour motif grave auraient été obtenues en violation de son droit au respect de la vie privée et devraient être écartées des débats. C'est la violation de l'article 8 de la C.E.D.H. et de la C.C.T. n° 81 qui est principalement invoquée. La Cour va considérer qu'en l'espèce, au vu des

331. *Ibid.*

332. B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, «Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour "Antigoon"», *op. cit.*, p. 167, qui indiquent avoir emprunté cette expression à G. GOU-BAUX («Le droit à la preuve», in C. PERELMAN et P. A. FORIERS, *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 277).

333. J. VAN COMPERNELLE, «Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil», *Rev. trim. dr. h.*, 2012, pp. 745-746.

334. Cour eur. D.H., L.L. c. France, 10 octobre 2006, req. n° 7508/02; Cour eur. D.H., N.N. et T.A. c. Belgique, 13 mai 2008, req. n° 65097/01.

335. Cour eur. D.H., N.N. et T.A. c. Belgique, 13 mai 2008, req. n° 65097/01, § 42.

336. Voy., à cet égard, J. VAN COMPERNELLE, «Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil», *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 747.

337. C. trav. Liège (div. de Neufchâteau), 26 novembre 2014, inéd., R.G. n° 2011/AU.24.

soupons relatifs à un comportement susceptible de porter gravement atteinte aux intérêts économiques de l'entreprise puisque il était question de l'utilisation par l'employé d'un logiciel qui avait porté atteinte à l'intégrité des données de l'entreprise, la Cour va estimer que «la mise en balance des intérêts en présence entre le droit au respect de la vie privée et le droit de prouver dans le chef de la société que [le travailleur], par son comportement illicite, est l'auteur de la disparition de fichiers et de données confidentielles propres à l'entreprise, doit conclure à faire prévaloir le droit de la société, l'impact économique pouvant être désastreux».

94. Si l'on se replace dans le contexte de la jurisprudence *Antigone*, il semble que la mise en balance des intérêts et droits en présence recouvre le même type d'exercice que celui mis en œuvre dans le cadre de l'évaluation de l'existence d'une ingérence aux termes de l'article 8 de la C.E.D.H. On tient compte notamment du caractère proportionné de l'atteinte et de l'intérêt qu'a la personne qui est l'auteur de l'ingérence critiquée à protéger ses propres droits et intérêts.

On constate toutefois que les approches divergent quant au contexte dans lequel cette pondération entre les droits/manquements en présence intervient. En effet, la pondération des droits en présence permet à la Cour européenne des droits de l'homme de vérifier si l'ingérence induite par la mesure mise en œuvre pour obtenir ou se constituer une preuve est proportionnée et, de ce fait, admissible au regard d'article 8, § 2, de la C.E.D.H. S'il y a violation de l'article 8, § 2, la preuve devrait être écartée. Dans le cadre de l'application de la jurisprudence *Antigone*, le préalable à la mise en balance est qu'il ait été constaté que la preuve litigieuse a été obtenue de manière irrégulière, par exemple en violation de l'article 8 de la C.E.D.H.

95. Dans le contexte de l'adoption d'une mesure de surveillance, la logique du raisonnement voudrait donc que la mise en balance des intérêts et droits en présence se fasse au niveau de l'évaluation de l'existence d'une ingérence du fait de cette surveillance, et non plus lorsqu'il s'agit d'appliquer les critères *Antigone*. Ceci dit, le recours à l'une ou l'autre option a une incidence minime sur le résultat, puisque la sanction reste la même, à savoir l'écartement des débats. Le fait que la Cour de cassation inclue dans les critères d'appréciation celui de la mise en balance permet d'ailleurs de tenir compte du critère de pondération induit par l'application de l'article 8 de la C.E.D.H. Un seul bémol: comme la Cour de cassation l'a précisé, le juge du fond n'a pas à justifier de l'examen de la question de l'irrecevabilité au regard de toutes les circonstances reprises dans la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>338</sup>.

338. Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 5 juin 2012, R.G. n° P.11.2100.N/4, www.cass.be.

96. Au regard de ce qui précède, il nous semble que, si on met en balance droit de la preuve et droit au respect de la vie privée et que l'on parvient à la conclusion qu'il y a une ingérence qui ne peut être admise au regard des critères de l'article 8, § 2, le juge pourrait, voire devrait, tenir compte de ce déséquilibre pour écarter la preuve, si ce n'est sur la base de l'article 8 de la C.E.D.H., à tout le moins en application de la jurisprudence *Antigone*. Par ailleurs, cette mise en balance appelle une réflexion plus globale, incluant non seulement une attention portée aux manquements que l'on vise à établir, mais également au choix des moyens mis en œuvre pour y parvenir.

## Conclusions

97. L'usage des « nouvelles » technologies de l'information et de la communication dans la relation de travail prend place dans un rapport noué de longue date entre les développements techniques et le droit social. Un élément caractéristique de notre société actuelle est sans doute « l'extrême vitesse avec laquelle ces bouleversements se déploient et pénètrent notre environnement », de sorte que l'on peut parler d'une réelle pression technologique qui impose, par exemple, d'autres structures temporelles<sup>339</sup> (voy. *supra*, l'introduction).

98. Ces technologies génèrent de nouveaux champs de conflits potentiels entre les droits et obligations des travailleurs et des employeurs. Elles sont, en effet, de nature, par exemple :

- à avoir une incidence sur les techniques contractuelles même si elle est pour l'instant assez minime (voy. *supra*, sect. 1);
- à permettre l'extension d'un droit à la surveillance de l'employeur qui peut heurter le droit à la vie privée du travailleur (voy. *supra*, sect. 2);
- à contribuer au développement de la publicité de certains propos des travailleurs mettant en cause les limites du droit à la liberté d'expression notamment sur les réseaux sociaux (voy. *supra*, sect. 3);
- à constituer un nouvel espace probatoire facilité générant des tensions relatives à la licéité de la collecte de la preuve, collecte rendue plus aisée par la jurisprudence *Antigone* (voy. *supra*, sect. 4);
- à modifier de façon fondamentale l'appréhension de certains droits comme par exemple le droit à la vie privée du fait de la pratique dite de la « vie privée partagée » (voy. *supra*, sect. 2 et 3). Quels que soient les développements théoriques qui pourront être formulés à ce sujet, il est à craindre que l'exposition volontaire de sa vie privée affecte la nature et l'étendue de la protection.

339. E. SADIN, *Surveillance globale, enquêtes sur les nouvelles formes de contrôle*, op. cit.

99. Nous devons rester attentifs au fait que le travail doit être adapté à l'homme<sup>340</sup> et non l'inverse. La technologie peut être un outil d'amélioration des conditions de travail si son élaboration et son développement sont encadrés : « Serons-nous capables de choisir les éléments de la technologie qui améliorent la qualité de vie et d'éviter ceux qui la détériorent ? »<sup>341</sup>. Le droit social peut, s'il est développé rapidement et en phase avec les nouvelles technologies rappeler l'idéal d'humanité qui le sous-tend dans sa volonté de protéger le travailleur, partenaire économiquement faible dans la relation de travail et soumis à l'autorité de l'employeur. Tout ce qui est possible techniquement n'est pas nécessairement souhaitable. Méditons à ce sujet la pensée d'Albert Einstein : « Il est hélas devenu évident aujourd'hui que notre technologie a dépassé notre humanité ».

340. Voy. not. l'article 5 de la loi du 4 août 1996. A. CIESLAAR, A. NAYER et B. SMEESTERS, *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail : métamorphoses du droit social*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

341. D. BALTIMORE.